



TRAITÉ

DES

DROITS DES FEMMES.

DE L'IMPRIMERIE DE CRAPELET,
RUE DE VAUGIRARD, N° 9.

TRAITÉ

DES

DROITS DES FEMMES

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE;

PAR

R. CUBAIN,

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS.

PARIS,

JOUBERT, LIBRAIRE ÉDITEUR,

RUE DES GRÈS, 14, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

1842.

TABLE DES CHAPITRES.

ABRÉVIATIONS.

S......... Recueil des Arrêts de Sirey, ancienne édition.
D. A...... Dictionnaire alphabétique de Dalloz.
D. P....... Recueil périodique de Dalloz.
A. D...... Recueil d'Armand Dalloz.
J. du P.... Journal du Palais, troisième édition.

INTRODUCTION.

« La chose qu'un peuple change le moins « après ses usages, c'est sa législation civile. « Les lois civiles ne sont familières qu'aux légis« tes, c'est-à-dire à ceux qui ont un intérêt di« rect à les maintenir telles qu'elles sont, bonnes « ou mauvaises, par la raison qu'ils les savent. « Le gros de la nation les connaît à peine; il « ne les voit agir que dans des cas particuliers, « n'en saisit que difficilement les tendances, et « s'y soumet sans y songer (1). » Qu'on ne croie pas qu'en s'exprimant ainsi, l'illustre publiciste auquel nous empruntons ces paroles ait calomnié l'esprit légiste. L'esprit légiste, s'il a cédé devant ces grands principes qui pénètrent la société tout entière, le principe de l'égalité, par exemple, n'a jamais fait une concession aux vérités qui n'ont pas été portées au grand jour par l'entraînement de l'opinion publique.

Confondant dans le même culte et la loi et les idées contemporaines de la formation de

(1) De Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. I, chap. 2, p. 47.

cette loi, le légiste demeure étranger au mouvement intellectuel de son époque, ou s'il s'efforce de le comprendre, ce n'est que pour lui résister; il dissimule, au moyen de la multiplicité des détails et de la subtilité des arguties, la vétusté des principes; il décore du titre pompeux de *raison écrite* les lambeaux d'une législation surannée.

L'esprit légiste, toutefois, s'il a réussi à maintenir la législation civile hors de discussion, même dans notre société où tout a été discuté, est près de voir finir la soumission silencieuse qu'il avait rencontrée jusqu'ici. L'opinion publique commence à soupçonner que ces ambages des lois civiles que l'on présente comme protectrices de la propriété, ne sont que des causes de ruine (1), et le Gouvernement lui-même consulte les corps judiciaires pour savoir s'il n'est

(1) On opposera peut-être ces paroles du premier Consul fréquemment reproduites de nos jours : « *Depuis que j'en-* « *tends discuter le Code civil,* je me suis souvent aperçu « que la trop grande simplicité dans la législation est l'en- « nemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrê- « mement simples, sans couper le nœud plutôt que de le « délier et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de « l'arbitraire. » Ces paroles ne prouvent qu'une chose, c'est que les plus fermes esprits subissent l'influence du milieu dans lequel ils se trouvent. — Locré, t. XVI, p. 192.

pas convenable de modifier certaines parties de la législation civile (1).

Nous espérons qu'à raison de ces circonstances on nous pardonnera d'avoir exposé les réflexions que nous a suggérées l'étude des matières qui font l'objet de ce livre.

Considérée dans ses rapports avec sa famille d'origine, la femme apparaît dans un état d'indépendance complète et de parfaite égalité (2). Ce fait, qui distingue profondément notre ordre social des civilisations qui l'ont précédé, est moins l'œuvre du législateur que le résultat du temps et des modifications survenues dans nos idées politiques. Quand les hautes influences se sont retirées des familles pour passer aux individus; quand à l'autorité des traditions se sont

(1) M. le Garde des sceaux a, par une circulaire récente, invité les corps judiciaires à donner leur avis sur la réforme de notre système hypothécaire.

(2) Dans un projet de loi sur les successions, Bentham pose en principe que si une distinction devait s'établir entre les sexes, quant au droit de succéder, cette distinction devrait être en faveur du sexe le plus faible qui a moins de moyens d'acquérir et de conserver (BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. I, p. 310).

Cette observation est fort juste, car sous l'empire de la loi qui appelle les fils et les filles à un partage égal des successions, la sœur occupe presque inévitablement une position inférieure à celle de son frère.

substituées les ressources de l'habileté personnelle (1); quand les richesses récemment acquises n'ont été en rien inférieures aux richesses héréditaires, alors toute hiérarchie domestique a dû périr; car, du moment où elle cesse d'être une nécessité sociale, la hiérarchie domestique ne constitue qu'un obstacle, sans justification possible, à l'indépendance individuelle, et une odieuse dérogation au sentiment d'égalité qui est la base nouvelle, nous ne disons pas de la société, mais de la famille.

Si, pour prendre une idée de la nature des rapports de la femme avec son mari, l'on consultait le texte de la loi, on pourrait croire que l'autorité maritale est moins altérée que la puissance paternelle. On lit en effet dans nos Codes que la femme doit obéissance à son mari (2). Mais cette formule menaçante n'est qu'une lettre morte, qui trouve dans le texte lui-même son juste correctif; car il est écrit que tout excès, c'est-à-dire tout abus d'autorité donne lieu à la séparation de corps (art. 231, C. civ.). Or, l'abus

(1) « Ce que la révolution française a voulu, ça été que « les individus pussent s'élever eux-mêmes dans la hiérar- « chie, au lieu que dans notre ancienne monarchie, c'é- « taient les familles. » Ballanche, *Essai sur les institutions sociales*, chap. 5.

(2) Art. 213. C. civ.

d'autorité s'estime d'après nos mœurs, qui ne tendent pas, nous le croyons du moins, à établir le despotisme marital (1).

---

(1) Nous ne pouvons passer sous silence une extension toute nouvelle qui a failli être donnée au pouvoir marital, par la Chambre des Députés, dans la séance du 26 mars 1841, et à l'occasion du projet de loi sur la propriété littéraire.

Un député (M. Vivien) avait proposé un amendement ainsi conçu : « A moins de conventions matrimoniales con« traires le produit des publications faites par le mari ou par « la femme avec le consentement du mari entre seul en « communauté. » La Chambre voulut voir dans cet amendement, et malgré les protestations contraires de l'auteur lui-même de l'amendement, une prohibition faisant obstacle à ce que la femme publiât aucun écrit sans l'autorisation de son mari, et elle adopta l'amendement; mais l'ensemble de la loi fut rejeté.

Si l'on devait reprendre le projet de donner force de loi à cette merveilleuse découverte de la *censure maritale* contre laquelle l'art. 7, §. 2, de la Charte est impuissant, quelqu'un ne songerait-il point à la compléter en proposant que le mari ne puisse publier aucun écrit sans l'autorisation de sa femme? Cela serait justice; car il y a plus d'hommes que de femmes qui, par leurs écrits, blessent la susceptibilité de leur conjoint, et cela, sans doute, par cette raison unique que l'on compte parmi les gens de lettres plus de maris que de femmes.

Constatons, de crainte qu'on ne l'oublie, qu'un député des plus illustres a expressément proposé que la règle souffrît exception au profit des femmes *entre les mains desquelles Dieu a remis le flambeau du génie* (*Moniteur* du 27 mars 1841). Voir *infra*, n° 98, p. 62.

On ne peut, cependant, s'empêcher de reconnaître que la jurisprudence ne se montre, en certaines occasions, animée d'un esprit qui conserve, à l'égard de la femme, quelque chose de la sévérité antique. Ainsi, il est de règle devant le tribunaux que le mari peut contraindre sa femme à habiter avec lui (1); que le mari est

(1) La plupart des législations modernes, au lieu d'admettre que le mari peut contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal, ont expressément décidé que l'abandon du domicile conjugal par l'un des époux est une cause de séparation de corps.

« Le divorce peut être prononcé pour l'abandon de l'un « des époux *malo animo;* — Lorsque la femme refuse de « suivre son mari dans le nouveau domicile qu'il se choisit » (Code prussien, art. 670, §§. 3 et 5).

« La séparation de corps peut être prononcée contre l'é« poux qui a abandonné son conjoint d'une manière cou« pable » (Code autrichien, art. 107, §. 3).

« La séparation de corps peut-être demandée dans le cas « d'abandonnement du mari par la femme ou de la femme « par le mari, sans cause légitime, et avec refus persévérant « et dûment constaté » (Code de la Louisiane, art. 139, §. 2 et 143).

« Le divorce pourra être accordé pour abandon ou déser« tion malicieuse, mais après l'expiration de cinq années à « compter de l'époque où l'époux a abandonné le domicile « commun » (Code hollandais, art. 265 et 266. — Dispotion semblable, Code de Vaud, art. 133. — *Idem,* mais après le délai d'un an, Code de Berne, art. 118. — *Idem,* Code d'Argovie, art. 124).

Nous pensons, contrairement à la jurisprudence, que la

seul maître de l'éducation des enfants (1). Parfois la séparation de corps pour cause d'excès de la part du mari n'est que difficilement admise. Cela vient de ce que, bien qu'il n'y ait plus de familles parlementaires dans lesquelles l'esprit des traditions judiciaires se perpétue, le magistrat se laisse trop souvent dominer par l'esprit légiste. L'autorité maritale, ce grand mot qui jadis eut tant de sens, et qui aujourd'hui en est si dépourvu, exerce quelque prestige sur son esprit, et les anciennes répugnances que soulevait la séparation de corps se réveillent en quelque sorte traditionnellement en lui.

Sans doute la séparation de corps entraîne avec elle de fâcheuses conséquences; mais le refus de prononcer une séparation demandée ne produit-il pas, presque toujours, des effets plus déplorables encore?

En effet, des époux condamnés à vivre ensemble contre leur vœu verront leur inimitié croître avec la contrainte qu'on leur impose; tandis qu'une séparation, ce puissant moyen de ranimer les affections éteintes, eût peut-être amené la réconciliation. Si les époux sont gens

---

loi française est conçue dans le même esprit que les législations que nous venons d'indiquer. Voir *infrà*, n° 16, p. 7.

(1) Voir *infrà*, n° 58, p. 41.

de bonne compagnie, et sachant ne pas faire éclater leur haine par des procédés grossiers, ils ne viendront point livrer une seconde fois aux tribunaux et à la malignité publique les secrets de leur intérieur. Mais que gagnera la morale à ce silence? Si les époux sont d'une condition inférieure, alors ils se présenteront devant la justice avec des griefs tels, qu'il sera impossible de rejeter leur demande. Dans ce cas, le premier refus n'aura fait qu'ajouter au scandale (1).

C'est une crainte chimérique que celle de voir les demandes en séparation de corps se multiplier et naître pour les causes les plus futiles, si les tribunaux ne se montraient difficiles à les accueillir. L'opinion publique est un frein

(1) Le Code civil n'admet point la séparation de corps par consentement mutuel (art. 307); cela est fâcheux, car il en résulte que les époux entre lesquels il existe une antipathie profonde et également ressentie doivent se livrer devant la justice à une lutte simulée dont ils peuvent toujours assurer le succès, en la faisant précéder d'injures *par consentement mutuel.*

Quelques législations contemporaines ont été plus sages en ce point que la législation française. La séparation de corps par consentement mutuel et avec l'homologation de la justice, est admise par le Code civil des Deux-Siciles (art. 222), par le Code autrichien (art. 103 à 106) et par le Code hollandais (art. 291).

suffisant pour empêcher que ces demandes ne soient faites par pur caprice, et c'est pour cela qu'il est bon que les débats soient publics.

D'ailleurs, et ceci a été trop peu remarqué, plus le lien qui unit les époux sera fragile, plus chacun d'eux craindra d'offenser son conjoint : la politesse n'est nulle part plus exquise que là où le duel est permis; les époux n'ont jamais plus d'égards l'un pour l'autre que là où l'admission de la séparation de corps n'est pas soumise à des conditions trop rigoureuses (1).

(1) Mais il conviendrait de réformer la loi en ce qu'elle décide que la séparation de corps emporte la séparation de biens, même lorsqu'elle est prononcée contre la femme. En effet, sous le régime actuel, la femme qui se rend coupable d'adultère n'a pas à craindre que son mari fasse prononcer contre elle la séparation de corps, si celui-ci n'est pas en mesure de lui restituer sa dot; et si le mari aime mieux restituer la dot que de continuer de vivre avec sa femme, celle-ci obtient, comme indemnité des désagréments que la séparation lui cause, ou plutôt comme complément de la liberté que cette séparation lui donne, l'administration et la jouissance de ses biens personnels.

Il est vrai que le mari qui, pour éviter la séparation de biens, ne demande point la séparation de corps contre sa femme coupable d'adultère, a du moins la faculté d'intenter l'action pénale pour cause d'adultère. Mais à cette observation nous opposons la réflexion suivante d'un publiciste italien, réflexion digne assurément d'être méditée par le législateur français. « Dans les pays où le mariage est in-« dissoluble et où la répudiation n'est pas admise, la pour-

Quoique le régime de la communauté forme le droit commun de la France (art. 1393, C. civ.), notre législation, nous ne craignons pas de le dire, a pour résultat d'organiser la séparation des intérêts des époux.

En effet, la communauté légale, telle qu'elle résulte du Code civil, n'opère, entre les intérêts des époux, qu'une fusion apparente, pire qu'une opposition déclarée. Vienne le jour de la dissolution du mariage, alors reprises, retraits, prélèvements, récompenses, indemnités sont exercés par la femme au préjudice des créanciers du mari, et préférablement à eux. En outre, à côté de la communauté légale, la loi consacre la communauté conventionnelle, qui autorise les gains de survie et les reprises d'apports francs et quittes, apports qui, le plus souvent, ne sont que fictifs; la séparation de biens, qui rend la femme complétement étrangère aux gains et aux pertes que fait le mari; enfin, le régime dotal, qui a spécialement pour but de mettre la femme dans l'impossibilité de céder à l'impulsion si naturelle qui la porte à partager la mauvaise fortune de son mari, ou tout au moins à l'aider de son crédit.

« suite de l'adultère ne devrait pas être permise, car cette « poursuite rend le mari ridicule » (Filanghieri, liv. III, chap. 16).

Certes, il n'est pas besoin d'être un observateur bien profond pour apercevoir que ce système est en tous points contraire aux intérêts, aux besoins de la société.

La loi des successions, par son action incessante, amenant la division des fortunes, c'est une nécessité, pour quiconque aspire à ne pas déchoir de la position que ses pères ont occupée, d'accroître son patrimoine (1). L'effort général de notre société tend donc à acquérir et non à conserver.

Cet effort n'est efficace que par l'association. Or, l'association que l'on recherche naturellement, c'est celle qui se forme par le mariage, parce qu'alors le lien puissant des affections corrobore celui des intérêts.

Ces idées étaient celles des rédacteurs du Code. Nous n'en voulons d'autre preuve que

(1) On critique assez généralement aujourd'hui la loi qui produit la division des propriétés. Cela est tout naturel avec nos habitudes d'esprit. On a longtemps préconisé la loi des successions, le temps est venu où l'on doit la blâmer. Mais ceux qui jugent avec leur raison et non d'après leurs caprices, peuvent-ils donc cesser d'approuver une loi qui donne à un plus grand nombre de personnes la faculté de travailler pour soi, et qui ne permet pas à la portion supérieure de la société de demeurer dans les loisirs que donne une longue possession?

l'assentiment que rencontrèrent ces paroles de Tronchet : « Le mariage est l'union de deux « personnes qui s'associent aussi intimement « qu'il est possible pour faire réciproquement « leur bonheur. Une telle union doit naturelle- « ment conduire à confondre leurs intérêts. *La « société des biens devient la suite de la société « des personnes*; l'usage contraire n'est venu « que des préjugés hors nature qui, chez les « Romains, donnaient au chef de la famille un « empire despotique sur sa femme et sur ses « enfants (1).

Pourquoi donc ces idées n'ont-elles pas été réalisées? C'est que l'autorité des traditions vint à étouffer le sentiment des besoins nouveaux; c'est qu'au lieu de s'efforcer d'établir l'harmonie entre les diverses parties de cette législation qu'on devait approprier à l'état d'une société renouvelée jusque dans ses fondements, le législateur céda au désir d'ériger en loi la doctrine des anciens jurisconsultes.

---

(1) Locré, t. XIII, p. 155. — Le conseiller d'État *Berlier*, rapporteur du projet de loi sur le contrat de mariage, posa en principe que l'union des personnes conduit à l'union des biens, et que l'union des biens tend à faire prospérer le ménage par l'affection qu'on porte à la chose commune. (Locré, t. XIII, p. 146).

Quelle autre raison, en effet, pourrait-on donner pour rendre compte de la protection accordée à la propriété immobilière et de l'indifférence complète du législateur pour la propriété mobilière de la femme; comment expliquer, si ce n'est par une préoccupation excessive de ce qui fut, cette disposition de la loi qui déclare que les dettes immobilières ne tombent pas en communauté (art. 1409, C. civ.); comme si, après la suppression des rentes foncières, il devait se rencontrer encore des dettes immobilières (1).

Mais ce fut surtout dans les luttes qui éclatèrent entre les partisans du régime dotal et les partisans du régime de la communauté que l'esprit légiste se montra sans réserve. Les légistes de la Coutume et les légistes du Droit écrit, luttant à vrai dire *pro aris et focis*, allèrent jusqu'à présenter l'unité française comme prête à se briser

(1) Nous n'ignorons pas qu'on peut citer comme exemple de dette immobilière, la dette d'un immeuble indéterminé. Mais *en fait* se rencontre-t-il encore des dettes immobilières? Comment d'ailleurs justifier la disposition qui exclut de la communauté les dettes immobilières dont la femme était tenue au moment du mariage, en présence de l'art. 1414 du Code civil qui établit un tout autre système à l'égard des dettes qui grèvent les successions échues à la femme durant le mariage.

s'il n'était accordé aux populations méridionales de la France la satisfaction de voir se développer dans le nouveau Code les conséquences de la maxime romaine, *interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse* (1).

Engagés dans cette voie, les rédacteurs de ce Code, où l'on se promettait de réaliser tous les progrès de la science législative, durent cesser de tenir compte des améliorations les plus évidentes que la législation antérieure avait consacrées. La loi de brumaire an VII ne fut pas respectée; le principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques périt sous les exceptions; on voulut que l'hypothèque, qui de sa nature ne peut être qu'un moyen de crédit, fût aussi un moyen

(1) M. Siméon, orateur du Tribunat, s'exprima ainsi : « Le régime dotal a deux bases, la persuasion où étaient les « Romains qu'il importait à l'État de conserver les biens des « familles, et la réserve avec laquelle vivaient les femmes « romaines. On ne pensait pas que les devoirs d'économie « qu'elles remplissaient dans l'intérieur de leurs maisons « leur donnassent des droits sur le pécule que les époux « acquéraient dans les camps. » (Locré, t. XIII, p. 441.)

Qu'y a-t-il de commun, nous le demandons, entre ces idées qui avaient cours à Rome et celles qui règnent dans notre société.

Sur les inconvénients de l'inaliénabilité des biens, *voir* Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. I, p. 293.

de protéger les incapables, et il en résulta que l'hypothèque ne fut ni l'un ni l'autre (1).

Il était pourtant facile d'apercevoir qu'il n'y a qu'un seul régime qui laisse au crédit du mari toute sa puissance, et qui ne cache point un piége pour les tiers : ce régime, c'est celui de la communauté universelle.

La communauté universelle devrait être non-seulement le régime de droit commun, mais encore le seul régime matrimonial autorisé en France.

Quelle que soit, en effet, la différence des apports respectifs des époux, ce régime peut être équitablement adopté, puisqu'il est loisible de faire varier, suivant la proportion de ces apports, la quote-part attribuée à chacun des époux dans les gains ou dans les pertes (2).

---

(1) La législation civile rétrograda-t-elle jamais plus malheureusement que par l'abrogation du système de la loi de brumaire, en ce qui concerne les transmissions de propriété?

(2) Nous n'entendons point soutenir que la séparation de biens judiciaire doive cesser d'être admise. Autre chose, en effet, est la séparation des intérêts des époux, lorsqu'il est reconnu *par expérience* que la continuation de l'association est préjudiciable pour la femme; autre chose est la séparation de ces intérêts établie dès le début du mariage, soit parce que la femme tient d'avance la prudence du

Que si l'on objectait qu'en restreignant dans de telles limites la liberté des conventions matrimoniales on empêche les mariages de se multiplier, nous répondrions, en invoquant une autorité qu'on a coutume de respecter, celle de Montesquieu (1), que dans l'état actuel de la société, c'est l'homme et non la femme qu'il faut convier au mariage; et l'expérience de chaque jour révèle assez que, pour convier l'homme au mariage, il ne faut point accorder à la femme des prérogatives telles, que la fortune de celle-ci ne serve point ou ne serve qu'incomplétement au mari pour subvenir aux obligations que le mariage lui impose.

---

mari en état de suspicion, soit parce qu'elle veut se réserver les moyens de maintenir son indépendance.

(1) « Les filles, que l'on ne conduit que par le mariage « aux plaisirs et à la liberté, qui ont un esprit qui n'ose « penser, un cœur qui n'ose sentir, des yeux qui n'osent « voir, des oreilles qui n'osent entendre, qui ne se pré- « sentent que pour se montrer stupides, condamnées sans « relâche à des bagatelles et à des préceptes, sont assez por- « tées au mariage; ce sont les garçons qu'il faut y encou- « rager. » (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXIII, chap. 9.)

Il se peut que quelques-unes des prémisses manquent actuellement d'exactitude, mais la conclusion a été et sera, en France, de tous les temps.

Quant à cette considération, souvent présentée, que la femme est placée sous l'influence du mari, et que, confondre les intérêts des époux, c'est rendre le mari maître absolu, elle est le prétexte et non la raison des prérogatives exorbitantes attribuées à la femme.

En effet, si la loi avait eu pour but de protéger la faiblesse de la femme, cette protection ne s'appliquerait pas d'une manière exclusive à la conservation de la richesse immobilière. Les immeubles ne seraient pas seuls exclus de la communauté; la dot immobilière ne serait pas seule inaliénable, et l'on se serait efforcé d'accorder à la femme dont le mari ne possède pas d'immeubles une protection équivalente à celle qui résulte de l'hypothèque légale. La véritable, l'unique cause du maintien de ces divers régimes matrimoniaux, c'est l'influence de la tradition, qui ne permet jamais de rien renouveler qu'à demi.

Que l'on compare la loi des successions et la loi du contrat de mariage, et que l'on juge s'il n'y a pas, entre ces deux lois, tout un monde d'idées, celui que la révolution française a créé.

La loi des successions est fondée sur ce principe, qu'on ne doit considérer ni la nature ni l'origine des biens (art. 732, C. civ.); la loi du contrat de mariage repose sur la distinction de

la fortune immobilière et de la fortune mobilière; la loi des successions attribue à la femme la libre disposition des biens qu'elle recueille; la loi du contrat de mariage restreint la faculté de disposer (1); la loi des successions a pour but d'assurer au plus grand nombre possible d'individus les avantages attachés à la propriété; la loi du contrat de mariage est faite en vue de conserver à la famille de la femme les immeubles patrimoniaux.

Cette anomalie n'avait pas échappé à tous ceux qui concoururent à la formation du Code civil. Un conseiller d'État (M. Bérenger) proposa positivement d'établir une communauté universelle entre les époux, c'est-à-dire de ne point soumettre la propriété immobilière de la femme à d'autres règles que celles qui s'appliquent à la propriété mobilière. Cette sage proposition fut rejetée tout d'une voix, en quelque sorte (2), mais elle devait trouver sa réalisation dans la législation d'un peuple qui, s'il a pris conseil de nos lois civiles pour procéder

(1) Le père en mariant sa fille sous le régime dotal, et constituant en dot tous les biens présents et à venir qu'elle recueillera, la prive de la faculté de disposer de ses immeubles.

(2) Locré, t. XIII, p. 184.

à la réformation des siennes, a cependant hardiment marché dans la voie des améliorations. Le Code civil hollandais admet la communauté universelle comme régime de droit commun (1).

Autres pays, autres lois, nous le savons; mais admettre en France le droit commun de la Hollande, c'est donner satisfaction aux idées qui se sont développées et aux besoins qui se sont produits dans notre société.

La communauté universelle rend plus étroits les liens de l'association conjugale; elle accroît le crédit public; elle empêche le scandaleux spectacle d'un mari insultant à ses créanciers, du milieu de l'opulence qu'il doit à sa femme; d'enfants dont le père n'a pas fait honneur à ses engagements, et qui sont riches de la fortune de leur mère. Certes, les nations exclusivement commerciales ne sont pas les seules qui doivent désirer la réalisation de tels résultats!

L'établissement de la communauté universelle tranche en outre, dans son entier, la question de la réforme hypothécaire. Cette circonstance, qui devrait assurer l'introduction de

---

(1) Art. 174 et suivants du Code civil hollandais, rendu exécutoire en 1838. Nous avons relaté ces art. p. 417, note 3.

ce régime dans nos lois, le fera repousser, nous le savons, par les esprits qui ne peuvent accepter que des palliatifs. Mais quand donc comprendra-t-on que notre législation civile est assez fermement établie pour qu'on puisse, sans danger, lui faire subir toutes les réformes que le progrès de notre civilisation a rendues nécessaires?

TRAITÉ

DES

DROITS DES FEMMES.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FEMME CONSIDÉRÉE SOUS LE RAPPORT DE SA NATIONALITÉ ET DE SES RELATIONS DE FAMILLE.

SOMMAIRE.

De la nationalité de la femme. — De l'âge requis pour que la femme puisse contracter mariage. — Des seconds mariages. — De l'obligation imposée aux époux d'habiter et de vivre en commun ; ses conséquences à l'égard de la femme. — De la fidélité conjugale. — De la recherche de la maternité naturelle. — De la puissance qui appartient à la femme comme mère et comme tutrice.

De la nationalité de la femme.

1. — C'est moins le hasard de la naissance que les fortes attaches des affections et des intérêts qui donnent une patrie. De là ces dispositions de notre loi civile qui déclarent que la femme française qui épouse un étranger devient étrangère (art. 19, C. civ.), et que la femme étrangère qui épouse un Français est associée à la nationalité de son mari (art. 12, C. civ.).

2. — Toutefois, comme nul ne peut perdre sa nationalité d'origine qu'en vertu de faits qui lui soient personnels (art. 17, C. civ.), les changements de nationalité éprouvés par le mari postérieurement au mariage, sont sans effet sur la condition de la femme.

La femme, dont le mari étranger au moment de son mariage se fait postérieurement naturaliser Français, ne devient donc Française que si elle obtient elle-même des lettres de naturalisation; et réciproquement la femme française ne perd pas cette qualité parce que son mari devient étranger (1).

Le même principe nous conduit à décider que, bien qu'elle ait suivi sur le territoire étranger son mari qui s'y est établi sans esprit de retour, et qui, par conséquent, a cessé d'être Français (art. 17, §. 3, C. civ.), la femme conserve la qualité de Française, s'il n'apparaît pas des circonstances qu'elle ait perdu l'esprit de retour.

3. — La femme, lorsque seule elle rompt les liens qui l'attachaient à la France (art. 17, C. civ.), perd la qualité de Française, quoique son mari la conserve. Il importe en effet que, dans ce cas, la femme soit retranchée du nombre des membres d'une société qu'elle a répudiée ou dont elle s'est rendue indigne.

4. — Nos lois ne s'opposent point à ce que la femme étrangère se fasse naturaliser Française, quoique son mari reste étranger (art. 3, Constitution de l'an VIII). On comprend cependant que, dans ce cas,

(1) *Sic*, Duranton, t. I, n° 186. — *Contrà*, Metz, 25 août 1825. — D., p. 27, 2, 93.

ce n'est qu'avec la plus grande réserve qu'on accordera à la femme la faveur de la naturalisation.

5. — La femme étrangère, née sur le sol français, conserve-t-elle, quoique mariée à un étranger, le droit d'user du bénéfice de l'art. 9 du Code civil? Nous ne le pensons pas. En effet, cet art. 9 du Code civil, différent en cela de l'art. 3 de la Constitution de l'an VIII, donne à l'étranger, non pas la faculté de solliciter du gouvernement la naturalisation comme une faveur, mais bien le droit de réclamer judiciairement une qualité qui ne peut lui être refusée lorsque les conditions prescrites sont accomplies. Or, il n'est pas admissible que la femme qui a associé son sort à celui d'un étranger, et qui a ainsi consolidé sa qualité d'étrangère, ait le droit de devenir, contre le gré du gouvernement, membre de la nation française.

D'ailleurs, si la femme née Française perd sa nationalité d'origine pour avoir épousé un étranger (art. 19, C. civ.), à plus forte raison la femme étrangère doit-elle être, pour le même fait, déchue de la faculté exorbitante qui lui est accordée par l'art. 9 du Code civil.

6. — La femme qui, pour avoir épousé un étranger, a cessé d'être Française, recouvre de droit cette qualité au décès de son mari, dans les deux cas suivants : 1°. si elle réside en France au moment où elle devient veuve, et cela lors même qu'elle aurait précédemment suivi son mari en pays étranger : dans ce cas, elle n'est tenue de faire aucune déclaration (1); 2°. si, après son veuvage, elle rentre en France avec l'autorisation

(1) Cass., 19 mai 1830. — D., p. 30, 1, 245.

du Roi, et si elle déclare qu'elle veut s'y fixer (art. 19, §. 2, C. civ.).

7. — Le mariage putatif entre un Français et une étrangère attribue la qualité de Française à l'étrangère de bonne foi (1); mais, au cas de mariage putatif entre un étranger et une Française de bonne foi, la femme, si le mariage vient à être annulé, est réputée n'avoir jamais cessé d'être Française, car la bonne foi d'un époux ne peut tourner contre lui.

De l'âge requis pour que la femme puisse contracter mariage.

8. — A quinze ans la femme peut se marier, si ses père et mère y consentent (art. 144, C. civ.). A vingt et un ans elle peut se marier sans le consentement de ses parents, mais seulement après avoir fait trois actes respectueux (art. 148 et 152, C. civ.). Après vingt-cinq ans elle n'est tenue de faire qu'un acte respectueux (art. 152, C. civ.).

L'homme ne jouit des mêmes droits que lorsqu'il a dix-huit, vingt-cinq et trente ans (mêmes articles). C'est dans la nature elle-même que ces différences prennent leur source. Nubile, en effet, plus tôt que l'homme, la femme atteint aussi avant lui l'âge au-delà duquel on ne se marie que plus difficilement et moins avantageusement. Or, il est juste que le pouvoir donné aux parents de retarder le mariage de leurs enfants expire lorsqu'il ne peut continuer d'exister sans préjudice pour ces enfants.

9. — Lorsque la femme a contracté mariage avant

---

(1) Cass., 18 fév. 1819. — D. A., 2, 240; *Journal du Palais*, 1819, p. 96.

d'avoir atteint l'âge requis, le mariage est nul. Mais la nullité est couverte :

1°. « Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que la « femme a atteint l'âge compétent; 2°. *lorsque la « femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant « l'échéance de six mois* » (art. 185, C. civ.).

On ne peut douter que le second paragraphe de cet article, quoique sa rédaction soit trop vague, ne se réfère au paragraphe précédent, et qu'il ne doive être interprété dans le sens que la nullité est couverte par la grossesse de la femme, quoique au moment où la demande en nullité de mariage est formée les époux n'aient pas atteint depuis six mois l'âge compétent.

10.—Lorsque la femme oppose à l'action en nullité une fin de non-recevoir, tirée de ce qu'elle a conçu, on doit, si la grossesse n'est pas apparente, surseoir à statuer jusqu'à l'expiration de trois cents jours, à partir du jour de la demande (temps de la gestation la plus longue), (art. 312 et 315, C. civ.), mais en ordonnant que les époux seront tenus de se séparer provisoirement. Si dans ce délai la femme accouche, elle est présumée avoir été grosse au jour de la demande, et le mariage est à l'abri de la nullité.

11.—Lorsque l'enfant ne naît pas viable, les présomptions légales qui fixent la date de la naissance d'après celle de l'accouchement, sont évidemment sans application. Les tribunaux, dans ce cas, ne sont point liés par les présomptions légales, et doivent fixer l'époque de la conception, en s'éclairant des observations des hommes de l'art. En cas de doute, toutefois, la décision doit être dans le sens de la validité du mariage.

12. — La nullité prononcée pour contravention à

l'art. 144 du Code civil, étant d'ordre public (art. 184, C. civ.), les tribunaux ont le droit d'ordonner telles mesures qu'ils jugeront convenables pour que la séparation provisoire des époux soit exécutée.

Si la nullité du mariage est poursuivie par le ministère public et qu'il y ait lieu de craindre que les parents de la femme, dans le but d'arriver à ce que la nullité du mariage soit couverte, ne fassent pas respecter la séparation provisoire, les tribunaux usant d'un droit analogue à celui qui leur est accordé au cas de demande en séparation de corps (art. 268, C. civ.), ordonneront que la femme sera placée dans tel établissement qu'ils détermineront.

Des seconds mariages.

13. — Afin d'éviter la confusion de part, la loi ne permet à la femme de contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (art. 228, C. civ.).

Cette prohibition conçue en termes généraux doit recevoir son application dans tous les cas, et quelles que soient les circonstances qui ont précédé la dissolution du précédent mariage.

14. — Il est justement admis que la nullité n'est pas attachée à l'inobservation de l'art. 228 du Code civil(1); cette sanction, en effet, ne peut dans aucun cas, et dans celui-ci moins que dans tout autre, être appliquée lorsque la loi ne la prononce pas expressément; mais

---

(1) Cass., 29 oct. 1811; *J. du P.*, 1811, p. 671. — Toullier, t. II, n° 664. — Durant., t. II, n° 174. — *Contrà*, Proudhon, t. I, p. 231.

l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage contracté en contravention avec l'article dont il s'agit, est punissable d'une amende de 16 à 300 francs (art. 194, C. pén.).

De l'obligation imposée aux époux d'habiter et de vivre en commun; ses conséquences à l'égard de la femme.

15. — La plus essentielle peut-être des conséquences du mariage, c'est l'obligation pour les époux d'habiter en commun.

Le mari choisit le domicile commun. Il doit y recevoir sa femme; la femme doit y résider (art. 214, C. civ.).

16. — Quelle est la sanction de ces obligations respectives, et d'abord de l'obligation de la femme ?

Deux systèmes sont en présence : suivant l'un (1) le mari peut contraindre, par l'emploi de la force publique, sa femme à rentrer dans le domicile conjugal; suivant l'autre (2), le mari peut seulement saisir les revenus de sa femme, jusqu'à ce qu'elle soit rentrée dans le domicile commun (3).

---

(1) Paris, 29 mars 1808; *J. du P.*, 1808, p. 719. — Pau, 11 avril 1810. — Turin, 17 juillet 1810; *J. du P.*, 1810, p. 250 et 469. — Colmar, 4 janv. 1817; *J. du P.*, 1817, p. 8, — Cass., 9 août 1826; *J. du P.*, 1826, p. 794. — Aix, 23 mars 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 108. — Dijon, 25 juillet 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 163. — Vazeille, t. II, n° 292.

(2) Riom, 13 août 1810; *J. du P.*, 1810, p. 535. — Riom, 6 août 1818. — Toulouse, 24 août 1818; *J. du P.*, 1818, p. 740 et 1007. — Colmar, 10 juill. 1833. — D., p. 34, 2, 105. — Durant., t. II, n° 436.

(3) On ne prétend plus que le mari puisse faire condamner la femme à des dommages-intérêts par chaque jour de retard à réin-

Le premier de ces systèmes introduit, contrairement à tous les principes, une cause de contrainte par corps non prévue par la loi, et pour ce seul motif il doit être rejeté. En effet, il n'est point laissé à l'arbitraire des juges de créer des cas où il peut être porté atteinte à la liberté individuelle.

Pour éluder cette objection décisive, on a fait valoir que la femme, ramenée par la force publique au domicile conjugal, ne peut être retenue en chartre privée.

Cette observation ne prouve qu'une seule chose, c'est que la contrainte exercée contre la femme ne sera pas nécessairement de longue durée; mais elle ne prouve pas qu'il n'y ait pas contrainte, car la contrainte consiste dans l'appréhension au corps aussi bien que dans l'incarcération.

Il se rencontre, d'ailleurs, des circonstances où cette appréhension au corps doit se prolonger et où elle emporte nécessairement incarcération arbitraire.

Si la femme ne peut être conduite d'un seul trait au domicile conjugal, soit parce qu'elle a été arrêtée dans un lieu fort éloigné de ce domicile, soit par tout autre motif, où la déposera-t-on? Dans une maison privée, cela ne se peut sans qu'il y ait crime de sé-

---

tégrer le domicile conjugal, ou la faire déclarer déchue du droit de réclamer les avantages stipulés à son profit au contrat de mariage. — Bourges, 17 mai 1808 et 15 juill. 1811; *J. du P.*, 1808, p. 691, et 1811, p. 464.

La jurisprudence repousse constamment la prétendue fin de non-recevoir contre la demande en séparation de biens, tirée de ce que la femme a quitté le domicile conjugal. — Paris, 24 janv. 1826. — Amiens, 18 août, 1826; *J. du P.*, 1826, p. 87 et 826. — Paris, 27 mai 1837; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 149.

questration arbitraire (art. 615, C. Instr. crim.); dans une maison de détention pour dettes ou pour délits, cela est encore plus impossible. Les directeurs de ces maisons auraient le devoir de refuser de recevoir la femme arrêtée (art. 609, C. Instr. crim.).

La Cour de cassation, dans le but d'établir que l'emploi de la force publique pour ramener la femme au domicile conjugal ne constitue point un acte de contrainte par corps, s'est exprimée ainsi :

« .... L'emploi de la force publique ne doit aucu-« nement être confondu avec l'exercice de la contrainte « par corps ; par celle-ci, on s'empare de la personne « pour lui enlever sa liberté et l'emprisonner; *celle-là* « *ne fait qu'accompagner la personne pour la mettre* « *en état de remplir ses devoirs et même de jouir de* « *ses droits, toujours en pleine liberté* » (1).

A lire ce *considérant*, ne croirait-on pas que le mari qui, au moyen de la force publique, contraint sa femme à rentrer au domicile conjugal, use des procédés les plus convenables? Il ne fait pas appréhender sa femme au corps, il veut seulement *qu'elle soit accompagnée*. Il est vrai que c'est par huissiers et gendarmes. Il n'attente pas à la liberté individuelle de sa femme, *il la met seulement en état de remplir ses devoirs et même de jouir de ses droits*. Malheureusement les expressions atténuantes ne changent rien à la rigueur des choses, et la femme contrainte par mandement de justice, ne trouverait pas le procédé meilleur parce qu'on lui répéterait, d'après la Cour de cassation, qu'on veut *la mettre à même de jouir de ses droits*.

(1) Arrêt du 9 août 1826, ci-dessus indiqué.

Pour que ce moyen d'exécution, qui doit infailliblement jeter dans l'intérieur de la famille des causes si vives d'irritation et qui doit produire au dehors un si déplorable scandale, fût acceptable, il faudrait au moins qu'il pût atteindre le but proposé, qui est de rétablir l'habitation commune.

Or ceux-là même qui se prononcent pour la contrainte personnelle sont les premiers à la réduire à l'inefficacité, car ils proclament que le droit de contrainte n'emporte point le droit d'incarcération ; que la femme, sitôt qu'elle sera rentrée dans le domicile conjugal, doit jouir d'une pleine et entière liberté ; que le mari ne la peut même faire garder à vue.

La Cour de Dijon, qui pourtant a décidé que le mari avait le droit de contraindre sa femme, a bien reconnu que la contrainte sans l'incarcération n'était qu'un mode d'exécution illusoire : aussi déclare-t-elle « que l'emploi de la force publique vis-à-vis d'une « femme mariée, n'a pas visiblement pour objet de la « contraindre à une habitation à laquelle elle peut se « soustraire après avoir été ramenée au domicile con- « jugal, mais *bien de constater au profit du mari que* « *la femme est déterminée à tout braver, même le scan-* « *dale public, pour persévérer dans une désobéissance* « *qui devient alors pour le mari un moyen capable de* « *légitimer une action plus sérieuse* » (1).

Voilà donc à quoi se réduit l'utilité de la contrainte exercée contre la femme ; elle a pour résultat de constater avec scandale son refus d'accomplir les devoirs attachés à sa qualité d'épouse ! Ne sommes-nous pas en

(1) Arrêt du 25 juillet 1840, ci-dessus indiqué.

droit de dire que ce résultat est la plus énergique condamnation du système dont il est le produit? Car ce scandale que l'on recherche doit être évité; l'honneur des familles et l'ordre public y sont également intéressés. S'il ne s'agit que de constater le refus de la femme *afin de légitimer une action plus sérieuse*, une simple sommation, ou même une invitation amiable, sont assurément des moyens de preuves suffisants.

Les objections que nous venons de faire valoir contre le premier système sont également opposables au second. La saisie des revenus de la femme, comme la contrainte personnelle, n'est pas autorisée par la loi; elle offense la délicatesse de nos mœurs; elle est sans efficacité.

On ne dissimule pas que si l'on autorise le mari à saisir les revenus de sa femme, lorsque celle-ci refuse d'obtempérer au jugement qui lui ordonne de revenir au domicile conjugal, c'est uniquement parce qu'on ne trouve pas d'autre moyen d'exécution, et l'on se retranche volontiers, pour défendre cette décision, derrière l'art. 4 du Code civil, qui prescrit au juge de suppléer à l'insuffisance de la loi.

Mais qu'est-ce donc qu'accorder au mari le droit de saisir les revenus de sa femme, si ce n'est prononcer une confiscation en dehors des termes et même des prévisions de la loi! Qui pourrait jamais croire que l'art. 4 du Code civil confère une telle omnipotence au pouvoir judiciaire!

La confiscation des biens de la femme au profit du mari répugne à nos mœurs bien plus encore que la contrainte personnelle exercée sur la femme à la requête de celui-ci.

Le mari qui userait de moyens violents pour faire

rentrer sa femme dans le domicile conjugal pourrait être blâmé; le mari qui s'enrichirait aux dépens de sa femme qui a déserté le domicile commun, serait couvert de mépris.

Dirait-on que la saisie des revenus n'est que provisoire? mais alors n'est-il pas évident que cette sanction prétendue est sans efficacité, car la femme ne quitte le plus souvent le domicile conjugal que lorsque des moyens d'existence lui sont assurés.

Enfin, nous ajoutons avec la Cour de Colmar (arrêt du 4 janvier 1817), « que la privation de la fortune de « la femme ou d'une partie de la fortune de la femme « est capable d'écarter pour toujours une réconciliation « qu'il faudrait préparer par d'autres voies; qu'une « telle mesure mettant aux prises l'amour de l'argent « avec la tendresse conjugale pourrait faire succomber « celle-ci; qu'alors les manœuvres sourdes d'un époux « ou ses menaces rendant invincible l'éloignement « qu'il a inspiré parviendraient à consommer la ruine « de l'épouse » (1).

Nous sommes donc en droit de dire que le second système n'est pas mieux fondé que le premier. Faut-il conclure de là « qu'il va dépendre du caprice ou même « du crime de l'épouse d'introduire un nouveau genre « de séparation de corps subversif tout à la fois des « droits particuliers de l'époux et des droits généraux « du corps social (2), ou que l'autorité du mari va « devenir illusoire; que l'indépendance des femmes

(1) Il est remarquable que les arrêts qui consacrent l'un des systèmes démontrent parfaitement la fausseté du système opposé, sans jamais justifier directement le système qu'ils font prévaloir.

(2) Cass., 9 août 1826, ci-dessus indiqué.

« n'aura aucun frein ; que le moindre mécontentement « suffira pour leur faire déserter la maison de leur « mari, et que les tribunaux seront dans l'impuissance « pour les ramener à leur devoir? » (1)

Non certes; car pour que la femme se détermine à quitter le domicile conjugal, il faut que les motifs qui l'entraînent soient assez graves, que les influences auxquelles elle est soumise soient assez énergiques pour triompher du sentiment du devoir, du respect de l'opinion publique, sanctions bien autrement puissantes, en cette circonstance, que la sanction judiciaire, quelque rigoureuse que la jurisprudence la puisse faire.

Les hommes qui interprètent la loi ou qui l'appliquent se laissent trop facilement aller à croire qu'en dehors de la sanction judiciaire il n'y a plus de sanction efficace; que les mandements de justice doivent intervenir pour régler les relations les plus intimes de la famille. On ne devrait cependant pas oublier que le mariage n'est pas une institution purement civile; que les lois eussent été impuissantes à le constituer si nos mœurs ne l'eussent d'elles-mêmes établi, et que par conséquent il ne faut pas avoir la prétention d'attacher une sanction légale à toutes les obligations qui naissent du mariage.

L'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari, bien qu'elle soit formulée par la loi, est une obligation purement morale; et ce qui le prouve, c'est qu'elle ne souffre aucune restriction, qu'elle ne fléchit en aucune circonstance. Si l'on comprend, en effet,

(1) Pau, 11 avril 1810, ci-dessus indiqué.



que la femme soit moralement obligée de renoncer à sa famille, à sa patrie pour suivre son mari, de rompre tous autres liens pour rester unie à lui, la raison se refuse à admettre, tant cette rigueur serait odieuse, que le mari puisse contraindre par voies de droit sa femme à le suivre en pays étranger, s'il part sans espoir de retour ou pour affronter de graves périls (1).

Du reste, il ne faut pas conclure de la démonstration que nous venons de fournir, que la femme puisse impunément refuser d'habiter avec son mari. — L'abandon du domicile conjugal par la femme constitue, suivant les cas, une injure grave envers le mari, et donne à celui-ci le droit d'obtenir la séparation de corps. Cela fut positivement reconnu lors de la discussion du Code civil, à la séance du 5 vendémiaire an x. Le conseiller-d'État *Réal* ayant demandé com-

(1) Dans une espèce où la femme refusait de venir habiter avec son mari parce que celui-ci ne voulait pas consentir à ce que le mariage reçût la consécration religieuse, la cour d'Aix a autorisé le mari à se mettre en possession de la moitié des biens de sa femme (Aix, 23 mars 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 102). Que penser et que dire d'une telle décision? la volonté légale d'appliquer ces sanctions en toute occasion s'est-elle jamais manifestée d'une façon plus déplorable? On lit dans les motifs de cet arrêt : « Attendu que l'emploi de la contrainte personnelle, qui dans certains cas pourrait et devrait être ordonné, serait d'une trop « grande rigueur dans les circonstances de la cause. » Comment la Cour, qui reconnaissait qu'il y aurait rigueur dans la contrainte personnelle, n'a-t-elle pas senti tout ce qu'il y avait d'odieux dans cette épreuve à laquelle elle soumettait la femme, et dans le gain illicite qu'elle assurait au mari, si les scrupules de conscience de la femme ne cédaient pas devant le désir, légitime aussi, de n'être pas privée des revenus de ses biens?

ment on parviendrait à exécuter le jugement qui ordonne à la femme de revenir au domicile conjugal, le Premier Consul répondit que le mari cesserait de donner des aliments (ce qui, certes, n'était pas un moyen de contrainte bien efficace), et *Tronchet* ajouta *que cette discussion était une anticipation sur la matière du divorce.*

Cette observation de Tronchet trancha toute discussion; ce qui prouve les deux points de doctrine qui résument notre opinion : 1°. Que l'exécution de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari ne peut être directement poursuivie; 2° Que l'inexécution de cette obligation est, suivant les cas, une cause de séparation de corps (1).

17. — Si, comme nous croyons l'avoir démontré, l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari est une obligation purement morale, l'obligation corrélative imposée au mari de recevoir sa femme dans le domicile conjugal a nécessairement le même caractère (2).

Les voies d'exécution légale sont d'ailleurs aussi im-

---

(1) Ce serait à tort qu'on objecterait que cette doctrine rend les séparations de corps trop faciles et établit la possibilité des séparations volontaires. Car il n'y a pas séparation volontaire parce que l'époux outragé a la faculté de faire prononcer la séparation contre son conjoint, et la séparation n'est pas trop facile parce que le mari offensé n'est pas forcé de faire précéder sa demande par des actes d'exécution que nos mœurs réprouvent, et qui d'ailleurs ne font pas cesser les causes de séparation, impuissants qu'ils sont à triompher de la résistance de la femme.

(2) TOULLIER, t. XIII, n° 109 et 110.—Lyon, 30 nov. 1811; *J. du P.*, 1811, p. 745.



puissantes à contraindre le mari à recevoir sa femme, qu'elles sont inefficaces lorsqu'il s'agit de forcer la femme d'habiter avec son mari. En effet, pour que le but de la loi soit atteint, il ne faut pas seulement introduire la femme dans le domicile conjugal, il faut encore l'y maintenir et lui assurer une communauté de domicile avec son mari. Or, comment empêcher qu'une expulsion immédiate ne suive la réintégration? comment empêcher le mari de se retrancher dans une partie de son appartement et de se refuser à toute communication avec sa femme?

L'expérience a déjà résolu cette question. Dans une affaire célèbre (l'affaire Naylies), la justice entreprit de triompher de la résistance du mari, et la justice, il faut bien le dire, n'atteignit pas son but. Par un premier arrêt, la Cour de Paris fit injonction au mari de recevoir sa femme et de la traiter maritalement (1); le mari résista en se retirant dans une partie de son appartement où il ne permettait pas à la femme de pénétrer; la femme réclama devant la justice, qui rendit deux autres arrêts pour faire exécuter le premier. Mais enfin, de guerre lasse, et quoique le mari persistât dans la volonté de ne pas laisser pénétrer sa femme dans la portion d'appartement qu'il s'était réservée, la Cour de Paris mit, par un quatrième arrêt, les parties hors de Cour : on sait ce que, dans l'espèce, cela voulait dire (2).

---

(1) Arrêts du 17 août 1824, du 7 déc. 1824, du 8 août 1826, du 17 nov. 1826. — Cass., 20 janv. 1830. — D., p. 30, 1, 60; *J. du P.*, 1830, p. 69.

(2) *Idem.*

Ce dernier arrêt fut cassé (1), mais la contestation ne fut pas suivie, que nous sachions du moins, devant une autre Cour royale; la femme elle-même se lassa de cette lutte qui ne pouvait avoir pour elle aucun résultat honorable; car il n'est personne qui ne sente qu'une réunion violente ne doive avoir pour résultat de retarder le jour de la réconciliation, et de rendre plus profonds encore les dissentiments qui éclateront pour une lutte où la victoire restera à celui des époux qui redoutera le moins le scandale public (2).

18. — On ne peut douter que le refus par le mari de reevoir sa femme dans le domicile conjugal, ne constitue une injure grave qui donne lieu à séparation de corps. Mais, de même que dans certains cas la femme peut légitimement refuser d'habiter avec son mari (3), dans certains aussi le mari peut légitimement refuser de recevoir sa femme.

La femme, en effet, qui par les désordres de sa conduite a forcé son mari à s'éloigner d'elle, peut-elle être reçue à prétendre que son mari se soit rendu coupable envers elle d'une injure grave qui donne lieu à la séparation de corps (4)?

19. — Le mari qui abandonne le domicile conju-

(1) Cass., 20 janv. 1830. — D., p. 30, 1, 60; *J. du P.*, 1830, p. 69. Voir la note n° 1, p. 16.

(2) Toullier, t. XIII, n° 109 et 110. — Lyon, 30 nov. 1811; *J. du P.*, 1811, p. 745.

(3) Voir la note n° 1, page 14.

(4) *Contrà*, Angers, 8 avril 1829. — S., 29, 2, 137; *J. du P.*, 1829, p. 897.

gal (1) ou qui, en refusant de choisir un domicile convenable, met la femme dans l'impossibilité de venir habiter avec lui (2), doit être considéré comme ne remplissant pas l'obligation qui lui est imposée de recevoir sa femme dans le domicile commun. Par conséquent, dans ces circonstances, non-seulement le mari ne peut pas obtenir la séparation contre sa femme qui refuse de venir habiter avec lui, mais encore il s'expose à la voir prononcer contre lui.

20. — La demande en séparation de corps dissout provisoirement l'obligation imposée aux époux d'habiter en commun. Quoique l'art. 268 du Code civil n'attribue qu'à la femme le droit de quitter, pendant l'instance, le domicile conjugal (3), on ne peut refuser la même faculté au mari dans le cas, rare à la vérité, où il formerait une demande en séparation pour cause d'excès ou de sévices.

21. — Le tribunal doit indiquer le domicile où la femme sera tenue de résider. Le plus souvent le domicile indiqué sera celui des père et mère de la femme. Il n'est pas douteux que, dans ce cas, la femme doive suivre ses père et mère s'ils venaient à changer de do-

(1) Cass., 11 fruct., an XII; *J. du P.*, an XII, p. 172. — Bordeaux, 28 flor., an IX; *J. du P.*, an IX, p. 194. — Rouen, 16 juill. 1828; *J. du P.*, 1828, p. 84.

(2) Colmar, 14 janvier 1812. — Rouen, 21 nov. 1812; *J. du P.*, 1812, p. 34 et 825. — Paris, 19 avril 1817; *J. du P.*, 1817, p. 189. — Cass., 9 janv. 1826; *J. du P.*, 1826, p. 21. — DURANTON, t. II, n° 437.

(3) Ce droit appartient à la femme défenderesse tout aussi bien qu'à la femme demanderesse. (Cass., 26 mars 1828. — S., 28, 1, 839. — D., p. 26, 1, 193.)

micile (1), sauf au mari, si ce changement de domicile lui porte préjudice en quoi que ce soit, à obtenir qu'une nouvelle résidence soit indiquée à sa femme.

22. — Suivant l'art. 269 du Code civil, la femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise; à défaut de cette justification, le mari pourra faire déclarer la femme demanderesse en divorce, non recevable en ses poursuites. Nous pensons, mais la jurisprudence est contraire à notre opinion (2), que cette disposition est applicable au cas de séparation de corps. Nous ne comprenons pas, en effet, que l'obligation de résider au domicile indiqué par le tribunal puisse être moins rigoureusement sanctionnée à l'égard de la femme qui poursuit sa séparation de corps qu'à l'égard de la femme qui demande le divorce. Nous ne comprenons pas surtout comment, lorsqu'il est nécessaire de faire tant d'emprunts au titre du divorce pour combler les lacunes du titre de la séparation de corps, on trouve, dans la circonstance que l'art. 269 est au titre du divorce, une raison suffisante pour refuser d'appliquer cet article au cas de séparation de corps.

23. — Après la séparation de corps, la femme a pleine liberté de se choisir un domicile et de se soustraire à la surveillance de son mari; ce qui n'empêche pas la présomption de paternité de subsister.

---

(1) Cass., 14 mars 1816; *J. du P.*, 1816, p. 336.

(2) Bruxelles, 15 juill. 1807; *J. du P.*, 1807, p. 211. — Cass., 27 janv. 1819; *J. du P.*, 1819, p. 38. — Rouen, 26 nov. 1820; *J. du P.*, 1820, p. 267. — Duranton, t. II, nº 578.

24. — L'obligation d'habiter en commun n'est qu'un des éléments de l'obligation plus étendue imposée aux époux de mener une vie commune.

Les relations de la vie commune ne peuvent être qu'un échange de mutuelles transactions, par conséquent elles ne se prêtent point à l'application de règles générales et inflexibles.

Néanmoins, le législateur a cru devoir poser en principe que le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari (art. 214, C. civ.); mais il s'est prudemment abstenu de déduire de ce principe les conséquences applicables aux cas particuliers.

La doctrine n'est pas tenue d'observer une réserve aussi absolue. Ses décisions, en effet, différentes en cela des prescriptions de la loi, peuvent être présentées comme de simples indications, n'ayant de valeur que sous le mérite de toutes les modifications que les circonstances particulières réclament. C'est pourquoi nous voulons essayer de rapprocher de l'application le principe formulé, par l'art. 214, en termes trop généraux pour n'être pas vagues.

25. — *Le mari doit protection à sa femme.* — Garantir la femme de tout acte de violence corporelle n'est que la moindre partie de cette obligation; le mari a le devoir plus important et plus délicat à accomplir de veiller à ce que sa femme ne soit atteinte ni dans sa considération, ni dans ses affections, ni dans aucune de ses susceptibilités légitimes.

C'est surtout dans la maison conjugale que le mari a le devoir de protéger sa femme. Toute injure qui, dans ce lieu, est faite à la femme avec la tolérance du

mari, doit être réputée provenir du mari lui-même. La femme a donc le droit de présenter, comme cause de séparation de corps, les injures graves qu'elle reçoit dans le domicile commun, soit de la part des enfants, des domestiques ou même des étrangers, si le mari ne fait pas ce qu'il *doit* pour le réprimer.

Le mari ne trouverait pas une excuse dans la faiblesse de son caractère. La femme, en effet, n'est tenue de rester dans l'habitation commune qu'autant qu'elle y trouve le respect auquel elle a droit.

25 *bis*. — *La femme doit obéissance à son mari.* — Le devoir d'obéir qui est imposé à la femme n'attribue point au mari une suprématie sans restriction. Pour ce qui concerne les relations de famille et les choses d'administration domestique, la femme est investie d'une certaine autorité, dont l'exercice ne peut lui être refusé par le mari, sans que celui-ci se rende coupable d'*excès* (art. 306 et 231, C. civ.).

Ainsi, le mari, quoique maître dans le domicile conjugal, n'a pas le droit d'empêcher sa femme d'y recevoir les personnes qui peuvent y être admises sans inconvénients. Il ne peut, par exemple, sans raison suffisante, empêcher sa femme de garder près d'elle ses enfants d'un premier lit.

Le mari, quoique maître de l'éducation de ses enfants, voit cependant sa volonté paralysée par la volonté contraire de la femme, si ce que la femme veut est plus conforme à l'intérêt des enfants (1).

Le mari, quoique maître des choses communes, ne peut retirer à sa femme le droit de gérer les affaires

---

(1) Voir *infrà*, n° 84.

domestiques, à l'exception toutefois du cas où celle-ci abuserait de ce droit (1) (2).

Dans la sphère que nous venons de déterminer,

---

(1) Bordeaux, 29 mars 1838. — S., 38, 1, 389. — TOULLIER, t. XII, nº 264 et 268.

(2) Les obligations que la femme contracte en qualité de mandataire, quant à l'administration domestique, sont à la charge du mari, à moins que celui-ci n'ait fait connaître au tiers que la femme est déchue du droit d'agir en cette qualité (art. 2005, C. civ.), ou que les obligations ne soient telles qu'elles excèdent évidemment le mandat prétendu (art. 1998, §. 2), ou enfin qu'il n'y ait eu fraude de la part de celui qui a contracté avec la femme. (TOULLIER, t. XII, nº 274.)

Le mandat de la femme étant tacite et présumé, le mari fait suffisamment connaître aux tiers sa révocation par un avertissement verbal.

La preuve de cet avertissement peut être faite par témoins; elle peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (art. 1353, C. civ.), ou même du serment du mari (art. 1357, C. civ.).

Le mari n'est pas déchargé en établissant qu'il a donné à sa femme l'argent nécessaire pour acquitter les obligations qu'elle a contractées. Les conséquences de l'abus de confiance commis par le mandataire doivent en effet retomber non sur les tiers qui ont traité avec lui, mais bien sur le mandant. (TOULLIER, t. XII, nº 271.)

Le mari a contre sa femme une action en indemnité pour raison des obligations contractées par elle en dehors des limites de son mandat, et qu'il a cependant été obligé d'acquitter (art. 1992, C. civ.). De ce que la femme qui contracte pour les affaires du ménage commun n'agit que comme mandataire de son mari, qui est tenu des charges du ménage, il suit qu'elle ne s'oblige qu'autant qu'elle prend expressément des engagements personnels, ou que l'obligation de subvenir aux besoins de la famille retombe sur la femme, à raison de l'impossibilité pour le mari de l'accomplir. (Paris, 21 avril 1830. — D., p. 30, 2, 196.)

l'autorité de la femme contre-balance donc celle du mari, puisque la volonté de celle-ci ne l'emporte qu'autant qu'elle a pour elle la supériorité de raison. Cette part d'autorité appartient si essentiellement à la femme, que toute convention qui tendrait à l'en dépouiller serait nulle : l'asservissement complet de la femme n'est pas moins contraire à nos mœurs que son indépendance absolue.

De la fidélité conjugale.

26. — Les époux se doivent mutuellement fidélité (art. 212, C. civ.).

Cette obligation, considérée sous le rapport des sanctions judiciaires qui y sont attachées, est loin d'être la même pour chacun des époux. La femme doit à son mari une fidélité absolue (art. 229, C. civ., et 337, C. pén.). Le mari doit seulement ne pas entretenir une concubine dans le domicile conjugal (art. 230, C. civ., et 339, C. pén.).

27. — L'entretien d'une concubine dans le domicile conjugal ne peut résulter que d'une série de faits qui soient de nature à faire considérer la concubine comme partageant le domicile conjugal : les tribunaux ont plein pouvoir pour apprécier ces faits. On peut cependant poser, comme point de doctrine, que la seule introduction d'une concubine dans le domicile conjugal, lors même que l'adultère serait commis dans ce domicile, ne constitue point une infraction de nature à donner lieu à l'application des art. 230 du Code civil et 339 du Code pénal.

Mais il n'importe, pour que ces articles soient applicables, que la concubine soit entretenue dans le

domicile conjugal à tout autre titre qu'à celui de concubine, à titre de domestique, par exemple.

Nous devons, toutefois, faire remarquer que le mari ne doit pas être réputé avoir *entretenu* une concubine dans le domicile conjugal, pour avoir commis *accidentellement* l'adultère avec une femme qui serait entretenue dans ce domicile à tout autre titre que celui de concubine.

28. — Le domicile du mari est de droit le domicile conjugal; par conséquent, il y a lieu d'appliquer les art. 230 du Code civil, et 339 du Code pénal, si le mari entretient une concubine dans le domicile qu'il occupe, quoique la femme ait quitté ce domicile (1), qu'elle n'y ait même jamais résidé (2), que ce domicile soit établi dans un hôtel garni (3) ou dans une maison appartenant par indivis au mari et à sa concubine (4), quoique, enfin, la concubine soit entretenue dans une maison de campagne où les époux ne vont habiter qu'accidentellement, ou même dans une simple dépendance de l'habitation commune des époux (5).

29. — L'obligation de fidélité imposée aux époux, dans la mesure que nous venons de déterminer, est revêtue d'une sanction civile et d'une sanction pénale.

30. — La sanction civile consiste dans la séparation

(1) Cass., 21 déc. 1818. — Agen, 27 janv. 1824. — D. A., 11, 892. — Cass., 27 janv. 1819. — D. A., 11, 900. — Bruxelles, 14 oct. 1830. — D., p. 33, 2, 216.

(2) Cass., 9 mai 1821. — S., 21, 1, 349.

(3) Cass., 17 août 1825. — S., 26, 1, 1.

(4) Toulouse, 12 avril, 1825. — D., p. 25, 2, 253.

(5) Besançon, 9 avril 1808. — D. A., 11, 893.

de corps prononcée contre l'époux qui manque à la fidélité qu'il doit à son conjoint (art. 229, 230 et 306, C. civ.).

31. — Ce serait en vain que, pour repousser la demande en séparation de corps, la femme qui a commis l'adultère établirait qu'elle avait de justes raisons pour croire qu'elle était veuve, qu'elle avait été séduite, qu'elle avait agi sans discernement ; aucune excuse ne peut prévaloir sur la juste susceptibilité du mari.

Réciproquement, le mari qui a entretenu une concubine dans le domicile conjugal invoquerait inutilement, pour se soustraire à la demande en séparation de corps dirigée contre lui, les circonstances les plus propres à atténuer sa faute : tel serait le refus par la femme de résider dans le domicile conjugal.

32. — La jurisprudence a décidé que l'adultère du mari, quoique la concubine n'ait point été entretenue dans le domicile conjugal, peut, suivant les circonstances, constituer une injure grave qui permette à la femme de demander la séparation de corps (1). Cette application des art. 231 et 306 du Code civil combinés est parfaitement juste, car il est impossible que le législateur ait entendu restreindre par l'art. 230 du Code civil la portée de l'art. 231 du même Code.

33. — La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus (art. 337, C. pén.).

---

(1) Bordeaux, 19 mai 1828. — D., p. 28, 2, 155. — Limoges, 21 mai 1835. — D., p. 35, 2, 167, — Cass., 14 juin 1836. — S., 36, 1, 448.

Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison commune sera puni d'une amende de 100 fr. à 2,000 fr. (art. 339, C. pén.).

Sans doute l'adultère du mari a des conséquences infiniment moins graves que l'adultère de la femme, mais était-il convenable que le législateur établît une telle inégalité entre les peines qui sont portées contre l'adultère de la femme et celles qui sont portées contre l'adultère du mari; qu'il prononçât contre le mari une peine qui, appliquée suivant son minimum, ne peut constituer une punition sérieuse?

34. — L'art. 324 du Code pénal, qui déclare excusable le meurtre commis par l'époux sur l'épouse surprise en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale, n'applique point le bénéfice de la même excuse à la femme qui se rend coupable de meurtre sur la personne de son mari surpris en état flagrant d'adultère. Mais la jurisprudence ne peut se refuser à réparer cette omission de la loi. Ce n'est en effet que lorsqu'elles édictent les peines, et non lorsqu'elles les atténuent, que les dispositions de la loi pénale ne peuvent s'étendre d'un cas à un autre.

35. — Le complice de la femme adultère est punissable d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 fr. à 2,000 fr. (art. 378, C. pén.); mais aucune pénalité n'est prononcée contre la concubine que le mari a entretenue dans le domicile conjugal. Quelle est la raison de cette différence? Nous n'essaierons point de le dire, car nous croyons qu'il n'est personne qui n'ait une opinion faite sur ce point.

36. — La réconciliation des époux fait obstacle à toute action pour cause d'adultère, soit contre le mari,



soit contre la femme (1), et la cohabitation des époux est un fait constitutif de réconciliation.

Suit-il de là qu'en vertu de la présomption de l'art. 312 du Code civil, le mari dont la femme devient grosse postérieurement aux faits d'adultère à raison duquel des poursuites sont intentées, soit présumé s'être réconcilié avec elle et doive être déclaré non recevable?

Il est évident que non; car le mari se trouverait destitué d'action dans le cas précisément où la faute de la femme a les conséquences les plus fâcheuses.

La présomption de l'art. 312 est établie en faveur des enfants, et non en faveur de la femme. Elle protége la légitimité même incertaine; mais elle ne couvre point l'adultère. La femme qui, pour se mettre à l'abri de toute action, prétend que son mari a cohabité avec elle, doit donc fournir la preuve de ce fait.

37. — Le mari qui entretient une concubine dans la maison commune est non recevable à porter plainte contre sa femme pour cause d'adultère (art. 336, C. pén.); mais s'il renvoie la concubine, il recouvre le droit d'agir, même pour raison des faits d'adultère commis par sa femme pendant que lui-même entretenait la concubine dans le domicile conjugal. En effet, la fin de non-recevoir établie contre le mari par l'art. 336 du Code pénal, n'a d'autre but que de contraindre le mari à faire cesser un état de choses qui constitue une infraction permanente à ses devoirs.

38. — L'adultère de la femme n'est pas un délit continu, et il ne peut être dans le vœu de la loi que les fautes passées de l'un des conjoints assurent l'impunité

(1) Cass., 7 août 1823. — D. A., 1, 316.

aux fautes présentes de son conjoint. D'où nous concluons que la femme coupable d'adultère est recevable à dénoncer son mari qui se trouve dans le cas prévu par l'art. 339 du Code pénal (1).

39. — Le mari n'est pas recevable à demander la séparation de corps contre sa femme pour raison des actes d'adultère auxquels il a consenti, car, dans ce cas, l'adultère de la femme n'a porté aucune atteinte à l'honneur du mari, puisque celui-ci en avait préalablement fait le sacrifice.

Mais comme la répression des délits est poursuivie dans l'intérêt de la vindicte publique, et non dans l'intérêt privé, même lorsque l'action du ministère public ne peut s'exercer que sur la plainte de l'individu lésé, la femme doit, dans ce cas, être poursuivie correctionnellement sur la dénonciation du mari.

40. — La séparation de corps ne fait pas cesser l'obligation de fidélité mutuelle imposée aux époux. La Cour de cassation, néanmoins, se fondant sur ce qu'après la séparation de corps il n'y a plus de domicile commun, a décidé, par arrêt du 27 avril 1838, que le mari séparé de corps peut impunément entretenir dans sa maison une concubine (2).

Si cet arrêt de la Cour de cassation pouvait jamais faire jurisprudence, le mari contre qui la séparation de corps aurait été prononcée pour avoir entretenu une concubine dans le domicile conjugal, acquerrait

(1) Cass., 9 mai 1821. — D. A., 11, 893.

(2) Cass., 27 avril 1838 (*J. du P.*, 1838, t. II, p. 69), cassant un arrêt de Lyon du 21 juin 1837; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 518.

par la condamnation même dont il a été l'objet le droit d'appeler cette concubine à prendre la place de la femme légitime. Celle-ci, vengée de l'outrage qui lui a été fait, devrait voir le même outrage se renouveler et demeurer impuni.

Quelque grande que soit l'indulgence de la loi pour les fautes du mari, elle ne va cependant pas jusqu'à ce point. Respect est dû au foyer domestique, alors même qu'il ne réunit plus les époux. Il faut que la place de la femme y demeure vide, afin que le mari éprouve le besoin de rappeler près de lui celle qu'il a, par ses désordres, contraint de s'éloigner (1).

De la recherche de la maternité naturelle.

41. — La recherche de la maternité est admise (art. 341, C. civ.); la recherche de la paternité, au contraire, est interdite (art. 342, C. civ.). La raison de cette double disposition de la loi est trop évidente pour qu'il soit besoin même de l'indiquer.

42. — La recherche de la maternité n'est admissible qu'autant qu'elle tend à établir des liens de famille entre celui qui recherche la maternité et la femme contre qui cette recherche est dirigée.

Ainsi, la recherche de la maternité ne peut être

(1) S'il ne nous répugnait d'appuyer par un argument de mots une doctrine évidemment juste, nous dirions que si dans l'art. 339 du Code pénal le législateur se sert de ces mots, *maison conjugale*, et non de l'expression *maison commune*, comme dans l'art. 230 du Code civil, c'est afin d'indiquer qu'il y a domicile conjugal, quoiqu'il n'y ait pas d'habitation commune, et que l'entretien d'une concubine par le mari dans son domicile est punissable, alors même que par suite de la séparation de corps l'habitation commune a cessé.

faite — par les parents de la femme, afin de faire réduire les libéralités dont l'enfant naturel a été gratifié (1); — par les prétendus frères et sœurs de l'enfant naturel, afin de s'assurer des droits à sa succession (2); — par les héritiers irréguliers de l'enfant, afin de disputer sa succession à l'État (3).

Toutefois, nous ne pensons pas, et en cela notre doctrine diffère de celle des arrêts que nous venons d'indiquer, que le droit de rechercher la maternité soit si exclusivement attaché à la personne de l'enfant, qu'il ne puisse être exercé par aucun de ses héritiers.

Il est de principe, en effet, que les tribunaux ont plein pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 1166 du Code civil (4), ce qui veut dire, que n'étant point guidés par le texte de la loi, ils doivent puiser leurs motifs de décider dans les principes généraux de la loi et dans les règles de l'équité. Or, il n'y aurait pas moins de rigueur à repousser l'action intentée contre son aïeule par le descendant de l'enfant naturel décédé, afin de se rattacher à la famille d'où est sorti celui qui lui a donné la vie, qu'il n'y aurait d'inconvenance à admettre l'action de ceux qui ne recherchent la maternité que dans un simple intérêt pécuniaire (5).

43. — Les art. 329 et 330 du Code civil, qui fixent

(1) Cass., 12 janv. 1823. — D. A., 8, 673; *J. du P.*, 1823, p. 1178.

(2) Paris, 16 déc. 1833. — D., p. 34, 2, 135.

(3) Paris, 13 mars 1837; *J. du P.*, 1840, t. I, p. 265.

(4) La Cour de Paris a consacré ce principe par l'arrêt du 13 mars 1837, ci-dessus cité.

(5) Nous pensons qu'il convient de décider, par analogie, que la

le délai dans lequel doit être intentée l'action en recherche de filiation légitime, sont évidemment applicables au cas d'action en recherche de maternité naturelle, intentée par les descendants de l'enfant.

44. — Pour établir la maternité, deux faits doivent être prouvés : 1°. l'accouchement; 2°. l'identité de l'enfant qui réclame la maternité, avec celui dont la femme est accouchée.

On a prétendu, et cette prétention a été consacrée par quelques décisions judiciaires (1), que la preuve de l'identité n'était admissible qu'autant que la preuve de l'accouchement était préalablement faite.

Cette doctrine est évidemment tout arbitraire, et elle ne trouve aucun fondement dans la loi. Elle présente en outre l'inconvénient de multiplier sans nécessité les frais de la procédure, en exigeant deux jugements appointant les parties à faire preuve, et deux enquêtes, quand une seule enquête et un seul jugement doivent suffire.

45. — Suivant Toullier (2), la preuve de l'accouchement doit être faite par écrit. Nous ne pouvons partager cette opinion. En effet, la preuve écrite n'est exigée d'une manière absolue qu'à l'égard des faits dont les intéressés ont pu se procurer une preuve

---

reconnaissance de la maternité ne peut avoir lieu que lorsqu'elle a pour résultat de créer des liens de famille, et qu'ainsi elle serait sans effet si elle était postérieure au décès de l'enfant, et uniquement pour recueillir sa succession. (*Contrà*, Cass., 26 avril 1824; *J. du P.*, 1824, p. 653.

(1) Amiens, 9 août 1821, et Cass., 12 juin 1823; *J. du P.*, 1823, p. 1179. — Paris, 31 mars 1826; *J. du P.*, 1826, p. 329.

(2) Toullier, t. II, n° 942.

préconstituée. Or, il est bien évident que l'accouchement n'est pas du nombre de ces faits.

46. — La preuve de l'accouchement peut donc être faite par témoins. Mais la preuve testimoniale n'est-elle admissible qu'autant qu'il y a un commencement de preuve écrit ?

Sur ce point, les auteurs sont divisés. Néanmoins, si l'on considère que la preuve de l'accouchement n'est pas moins fâcheuse pour la femme que la preuve de l'identité, on est conduit par une invincible analogie à appliquer à la preuve de l'accouchement la règle posée dans l'art. 341, §. 3, du Code civil (1).

46 *bis*. — Le commencement de preuve par écrit, exigé lorsque l'enfant veut prouver la maternité à l'aide de la preuve testimoniale (art. 341, C. civ.), ne l'est pas lorsque l'enfant demande à déférer à sa prétendue mère le serment décisoire, soit sur le fait de l'accouchement, soit sur le fait de l'identité (art. 1360 et 1358, C. civ.). Le texte est formel sur ce point, et il y a lieu de s'étonner que cela ait fait l'objet d'un débat judiciaire (2).

47. — L'art. 324 du Code civil porte que le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père et de la mère, des actes publics et même privés, *émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.*

D'après l'art. 1347 du Code civil, au contraire, le commencement de preuve résulte de tout acte écrit *qui*

---

(1) Duranton, t. III, n° 240.

(2) Rennes, 16 déc. 1836; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 320.

est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué. De ces deux textes contradictoires, le mieux fondé en raison doit évidemment être appliqué. Or, la définition donnée par l'art. 1347 est incontestablement plus rationnelle que celle qui est donnée par l'art. 324.

Pour quel motif, en effet, l'art. 324 exige-t-il, pour que l'acte constitue un commencement de preuve, qu'il soit émané d'une partie *ayant intérêt ou pouvant avoir intérêt* dans la contestation? C'est qu'on a considéré cet intérêt comme étant une garantie de la sincérité de la déclaration contenue dans l'acte. Or, pour que cette manière d'envisager les choses fût exacte en quelque point, il faudrait du moins qu'on eût exigé que l'auteur de cette déclaration ait eu au moment où il l'a faite, un intérêt *né et actuel*, à ce que la maternité ne fût pas recherchée. L'art. 324, cependant, n'exige point que l'auteur de la déclaration ait, au moment où cette déclaration est faite, intérêt à ce que la maternité naturelle ne soit point établie. Aussi, en prenant cet article à la lettre, on a décidé que la déclaration émanée d'une personne qui, postérieurement à cette déclaration, est devenue donataire d'un des héritiers de la femme contre qui la maternité est recherchée, constitue un commencement de preuve suffisant (1); comme si la présomption de sincérité qui s'attache à une déclaration pouvait être accrue par l'événement d'un fait postérieur à cette déclaration elle-même.

Cet art. 324 contient en outre un immense danger,

(1) Paris, 7 juill. 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 139.

car il donne à toute personne qui a ou qui peut avoir un intérêt, aussi faible qu'on voudra le supposer, à ce que la maternité ne soit pas établie, la faculté de fournir contre la femme un commencement de preuve par écrit de la maternité naturelle.

Ces motifs sont plus que suffisants pour que l'art. 324 doive être restreint au cas qu'il prévoit, c'est-à-dire au cas de preuve de la filiation légitime, et que la définition donnée par l'art. 1347 soit appliquée au cas où il s'agit de prouver la filiation naturelle.

Le commencement de preuve par écrit exigé par l'art. 341 du Code civil ne peut donc résulter que d'un acte émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente.

48. — D'où nous concluons que l'acte de naissance non signé de la mère ne fait pas contre elle commencement de preuve par écrit (1).

49. — Nous venons de dire (2) comment, sur la foi des termes de l'art. 324, la Cour de Paris avait statué en sens contraire. Mais cette Cour est allée bien plus loin; elle a déclaré que l'acte de naissance, quoique non signé de la mère, fait preuve complète de l'accouchement (3).

Comment! il serait permis à quiconque déclare devant un officier de l'état civil qu'une fille est accouchée chez lui, de faire, par sa déclaration, preuve com-

---

(1) *Sic*, Bourges, 2 mai 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 193. — Cass., 28 mai 1810; *J. du P.*, 1810, p. 338. — DURANT., t. III, n° 237. — *Contrà*, Rennes, 31 août 1808; *J. du P.*, 1808, p. 130.

(2) N° 47.

(3) 7 juillet 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 139.

plète de l'accouchement de cette fille! Le législateur aurait expressément formulé une telle règle, qu'on hésiterait à l'appliquer dans toute sa rigueur, et on la ferait sortir de la combinaison de quelques articles, qui assurément ne la contiennent pas!

En effet, les art. 55, 56 et 59 du Code civil, qui sont les seuls sur lesquels repose l'arrêt dont nous réfutons la doctrine, font connaître les formes suivant lesquelles l'acte de naissance est dressé; mais ils sont complétement muets sur la valeur probante de ces actes. Si l'on cherchait la vérité dans des combinaisons d'articles, il était facile de la faire sortir du rapprochement des art. 334 et 336 du Code civil. De ces deux articles il résulte que l'indication de la mère faite par le père dans l'acte de naissance où il reconnaît l'enfant, n'a jamais effet qu'à l'égard du père, quoiqu'il puisse, en bien des circonstances, arriver que le père naturel ait intérêt dans l'instance engagée afin de rechercher la maternité. D'où nous concluons *à fortiori* que la même indication, faite par tout autre que le père, n'a pas d'effet contre la mère (1).

Ce serait en vain qu'à cet argument, que nous croyons sans réplique, on voudrait opposer l'art. 319 du Code civil; car cet article n'a trait qu'à la preuve de la filiation légitime, et l'on comprend que la loi ait attaché plus de valeur à une indication de maternité

(1) Ce que nous disons ici de la preuve de l'accouchement, nous pourrions le dire de la preuve de l'identité. Cet argument est à joindre à ceux que nous avons présentés au n° 47, pour prouver qu'on ne peut opposer à la mère aucun commencement de preuve par écrit de l'identité, qui ne soit émané d'elle.

légitime qu'à une indication de maternité naturelle, puisque la fausseté de cette dernière indication peut être moins facilement démontrée.

50. — L'indication de la mère, faite par le père dans l'acte de naissance ou dans l'acte de reconnaissance, fait preuve complète, lorsqu'à cette indication se joint l'aveu de la mère (art. 336, C. civ.).

La loi n'ayant soumis cet aveu à aucunes formes particulières, il suit de là que l'aveu tacite est suffisant (1).

51. — La possession d'état constitue le plus significatif des aveux.

La possession d'état, conforme à l'indication de la mère dans l'acte de naissance, fait donc preuve de la maternité (2).

52. — La possession d'état, indépendamment de l'indication de la mère dans l'acte de naissance, suffit pour faire preuve de la maternité naturelle; mais il faut qu'un commencement de preuve par écrit permette à l'enfant de prouver sa possession d'état.

La preuve de la possession d'état peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353, C. civ.) (3).

53. — Le commencement de preuve par écrit, nécessaire pour rendre en certains cas la preuve testi-

(1) Cass., 22 juin 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 74. — Paris, 20 et 27 avril 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 537. — Bordeaux, 19 janvier 1830. — D., p. 31, 2, 87. — Cass., 26 avril 1824. — D. A., 8, 648.

(2) *Sic*, Proudhon, t. II, n° 100. — Duranton, t. III, n° 238, — *Contrà*, Bourges, 2 mai 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 193.

(3) Paris, 17 juill. 1841; *J. du P.*, 1841, t. II, p. 188.

moniale admissible (art. 323 et 341, C. civ.), n'est jamais exigé pour qu'une partie puisse déférer à son adversaire le serment décisoire (art. 1358 et 1360, C. civ.).

Cette règle est évidemment applicable au cas de recherche de maternité. L'enfant peut donc, sans commencement de preuve par écrit, déférer le serment à sa prétendue mère soit sur le fait de l'accouchement, soit sur le fait de l'identité (1).

54. — La recherche de la maternité naturelle n'est pas permise dans le cas où cette recherche établirait une filiation adultérine ou incestueuse (art. 342 et 335, C. civ.).

Faut-il conclure de là que l'enfant dont la filiation naturelle est établie à l'égard d'un autre que le mari de la mère, ne peut rechercher la maternité contre une femme mariée au moment où il a été conçu?

Cette question s'est présentée deux fois devant la Cour de cassation, qui l'a résolue, d'abord négativement (2), et ensuite affirmativement (3).

---

(1) Rennes, 16 déc. 1836; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 320.

(2) Cass., 13 févr. 1839; *J. du P.*, 1840, t. I, p. 84.

(3) Cass., 22 janv. 1840; *J. du P.*, 1840, t. I, p. 86.

L'arrêt de 1839 est ainsi motivé : « Attendu que le défendeur « éventuel (l'enfant reconnu par le père naturel), bien loin de « demander à être reconnu pour enfant adultérin de la dame T..., « demandait au contraire à être déclaré le fruit du mariage des « sieur et dame T..., et que c'était par conséquent la légitimité « qui était le but de sa demande. »

L'arrêt de 1840, après avoir constaté en fait que l'enfant avait été légalement reconnu par son père naturel (on lit en effet au deuxième attendu « ... *que rien n'était allégué par les demandeurs*

La difficulté vient de ce que l'on conclut de l'art. 312 du Code civil, qui porte que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, que la recherche de la maternité d'une femme mariée constitue une recherche de filiation légitime, et non de filiation adultérine. Mais si cette conclusion était admise, les cas de recherche de maternité adultérine ne pourraient jamais se rencontrer. L'art. 342 du Code civil, qui prohibe cette recherche d'une manière expresse, serait donc sans application possible.

A cet argument de texte se joint une considération décisive : c'est que le scandale que la loi a voulu prévenir en ne permettant pas la recherche de la filiation

---

« *en cassation qui pût porter atteinte, soit à la reconnaissance faite* « *par le père naturel dans l'acte de naissance*...), se fonde en droit sur ce que, « de la combinaison des art. 342 et 335 du Code civil, « il résulte qu'un enfant n'est jamais admis à la recherche de la « maternité dans les cas où la recherche de cette maternité n'au- « rait lieu à son profit qu'en révélant l'adultère de sa mère. »

L'arrêt de 1839 admet donc que la preuve de la maternité de la femme mariée anéantirait de droit la reconnaissance faite par le père naturel, tandis que l'arrêt de 1840 admet que les effets de la reconnaissance faite par le père naturel subsisteraient après la preuve de la maternité.

La contradiction entre ces deux arrêts est évidente ; c'est en vain qu'on voudrait la dissimuler.

— Dans les espèces où ces arrêts ont été rendus, l'enfant avait titre et possession d'état à l'égard du père naturel. Alors s'élevait la question de savoir si le titre et la possession d'état d'enfant naturel formaient, par application de l'art. 322 du Code civil, une fin de non-recevoir contre la recherche de la filiation légitime. La Cour de cassation s'est, par les deux arrêts que nous venons de citer, justement prononcée pour la négative

adultérine, se produit avec toute sa force lorsqu'un enfant, déjà reconnu par un autre que le mari, se prétend fils d'une femme mariée, sans avoir préalablement fait tomber la reconnaissance dont il a été l'objet.

Il est évident, en outre, que la Cour de cassation s'appuyait sur une équivoque, lorsque, dans les motifs de l'arrêt du 13 février 1839, elle posait comme point de doctrine, que l'art. 342 du Code civil ne crée une fin de non-recevoir que contre ceux qui recherchent la maternité d'une femme mariée, avec conclusion tendant à conserver la paternité naturelle d'un autre que le mari, mais non contre ceux qui recherchent la maternité pour arriver à la légitimité, et effacer la reconnaissance du père naturel par la présomption de l'art. 312 du Code civil.

La présomption de l'art. 312, comme toute présomption légale, produit ses effets, quels que puissent être les conclusions, l'intention ou le but de ceux qui recherchent la maternité. Si l'art. 312 détruit de droit la reconnaissance faite par le père naturel, lorsque la preuve de la maternité est faite à l'égard d'une femme mariée à un autre que l'auteur de cette reconnaissance, les conclusions afin de conserver cette paternité sont sans résultat possible. Et réciproquement, si, dans le même cas, l'art. 312 ne fait pas tomber la paternité naturelle, on rencontre dans l'art. 342 une fin de non-recevoir insurmontable, quoiqu'on déclare qu'on entend répudier cette paternité.

On voudrait en vain justifier la doctrine de ce même arrêt, en tirant argument de ce que, d'après la dernière

disposition de l'art. 325 du Code civil, la preuve de la non-paternité incombe au mari sitôt que la maternité est prouvée contre sa femme. Car l'art. 325 suppose que la preuve de la maternité a été faite, que cette preuve, par conséquent, a été recevable, que, par conséquent encore, il ne se rencontrait pas de reconnaissance faite par un père naturel autre que le mari, et apportant, en vertu de l'art. 342, obstacle à l'admission de l'action en recherche de maternité.

C'est donc avec raison que la Cour suprême, réformant sa propre jurisprudence, a décidé que, dans l'hypothèse dont il s'agit, l'art. 342 du Code civil fait obstacle à la recherche de la maternité.

55. — L'art. 340 du Code civil ouvre, en cas d'enlèvement, l'action en recherche de paternité à tous les intéressés, c'est-à-dire à ceux-là même qui n'ont à cette recherche qu'un intérêt pécuniaire. La mère naturelle peut donc, dans ce cas, rechercher la paternité, soit pour obtenir que le père soit condamné à concourir avec elle aux frais de l'éducation de l'enfant, soit même afin d'obtenir des dommages-intérêts.

56. — Il faut appliquer cette disposition aux cas de rapt de séduction, comme aux cas de rapt de violence (1); mais il est important de faire remarquer que la séduction sans le rapt n'autorise ni la recherche de la paternité, ni l'action en dommages-intérêts (2).

57. — Pour prouver la paternité, il faut établir : 1°. qu'il y a eu enlèvement; 2°. que l'époque de cet enlèvement coïncide avec celui de la conception.

(1) Paris, 29 mars 1821. — D. A., 8, 670.

(2) Cass., 10 mars 1808; *J. du P.*, 1808, p. 552.

Sans doute cette double preuve ne dissipe pas toute incertitude sur le fait de la paternité; cependant, elle le rend tellement présumable, que, lorsque aucune circonstance particulière ne fait naître des raisons de douter, on peut, sans injustice, le tenir pour constant.

De la puissance qui appartient à la femme comme mère et comme tutrice.

58 — Aux termes de l'art. 373 du Code civil, le père seul exerce l'autorité paternelle durant le mariage. Est-ce à dire que la mère n'ait d'autre pouvoir sur ses enfants que celui que le mari veut bien lui concéder ou qu'elle sait conquérir? Nous ne le pensons pas, et voici nos motifs :

L'art. 303 du Code civil porte qu'après le divorce les père et mère *conservent respectivement* le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants.

Nous pourrions insister sur la valeur de cette expression *conservent respectivement*, car elle indique bien évidemment que le divorce n'attribue point à la mère une autorité nouvelle, et que le législateur a, par l'article que nous venons de citer, entendu seulement assurer à la mère la continuation, après le divorce, du droit de surveillance qu'elle avait sur ses enfants avant cet événement. Mais nous ne sommes pas réduit à tirer argument d'un mot.

On ne refusera pas de reconnaître que le mari, en manquant d'égards pour l'autorité maternelle, ne froisse sa femme dans ses prérogatives les plus légitimes, et ne se rende coupable envers elle du plus grave des excès. La femme aurait donc, dans ce cas, le droit de faire prononcer la séparation de corps, et, séparée de corps, il lui appartiendrait d'en appeler

aux tribunaux, pour faire décider laquelle, de son autorité ou de l'autorité de son mari, doit prévaloir (1). Or, il ne serait ni juste ni raisonnable de réduire la femme à la triste nécessité de se faire séparer de corps pour exercer un droit dont la légitimité ne prend certainement pas naissance dans la dissolution de l'obligation qui forçait les époux d'habiter en commun.

Quelle est donc la portée de l'art. 373?

L'art. 373 n'a trait qu'aux droits dont il est question au titre de la puissance paternelle, c'est-à-dire, au droit de correction et au droit d'usufruit; ce n'est que sous ce double rapport qu'il attribue au mari une prépondérance exclusive.

Le législateur n'a donc rien enlevé à la mère de l'influence salutaire que nos mœurs, et la nature plus encore que nos mœurs, l'appellent à exercer sur l'éducation et la direction des enfants (2).

59. — Nous avons déjà dit que le pouvoir maternel

---

(1) Caen, 19 juin 1807. — Caen, 4 août 1810. — Cass., 28 juin 1815. — Cass., 24 mai 1821. — Paris, 1er déc. 1821; — D. A., 11, 913. — *Contrà*, Liège, 25 août 1809.

(2) Quoique, d'après l'art. 373, la femme ne puisse, pendant le mariage, exercer le droit de correction, elle n'est pas désarmée en cas d'irrévérence grave de la part de ses enfants, et elle peut contraindre, au moins indirectement, le mari à user du droit de correction que la loi lui a remis. En effet, si le père souffrait que les enfants se rendissent coupables d'injures graves envers la mère, il pourrait être considéré comme complice de ces injures, et la femme obtiendrait, par la séparation de corps, la faculté de quitter le domicile conjugal, où elle n'est obligée de résider qu'autant qu'elle y rencontre le respect auquel elle a droit comme mère et comme épouse. (Voir *suprà*, n° 25.)

est inférieur au pouvoir du père, en ce que la femme, bien que son consentement doive être requis pour le mariage de ses enfants, ne peut pas s'opposer efficacement à leur mariage (art. 148, C. civ.), et aussi en ce que le père a seul l'administration des biens des enfants (art. 389, C. civ.).

Nous devons faire remarquer ici que le père peut être destitué de ce dernier droit, s'il l'exerce d'une manière préjudiciable pour l'enfant (arg. des art. 444 et suiv., C. civ.) (1), et que la mère peut être appelée à l'exercer au lieu et place du père.

60. — Le tribunal, en homologuant la délibération du conseil de famille qui prononce la déchéance du mari et qui appelle la femme aux fonctions d'administrateur, autorisera celle-ci à faire les actes d'administration (art. 448, C. civ.).

Dans le cas où il n'y a lieu à homologation, parce que le mari n'a point élevé de réclamation, l'autorisation nécessaire pour que la femme ait capacité de faire les actes d'administration est directement poursuivie devant le tribunal.

61. — La séparation de corps prononcée contre le mari ne fait pas passer à la femme la puissance paternelle dont le mari était investi. Ainsi, en supposant qu'il fût vrai que le mari, contre qui la séparation de corps a été prononcée, perdît l'usufruit des biens de ses enfants (2), ce droit d'usufruit ne serait pas attribué à la femme. Il convient, en effet, d'éviter que la femme qui a quelques griefs contre son mari ne soit, par le désir de gagner l'usufruit des biens de ses enfants,

---

(1) Paris, 23 août 1825. — D., p. 26, 1, 6.

(2) *Contrà*, Proudhon, n° 142. — Duranton, t. III, n° 383.

excitée à faire de ces griefs le sujet d'une demande en séparation de corps.

62. — La femme veuve a sur ses enfants légitimes la plénitude du droit de surveillance et de direction ; elle peut s'opposer efficacement à leur mariage (art. 148 et 149, C. civ.) ; elle exerce le droit de correction par voie de réquisition (art. 381, C. civ.); elle a l'usufruit de leurs biens (art. 386) ; enfin, elle exerce la tutelle légale (art. 390) (1).

63. — La femme remariée conserve intact le droit de s'opposer au mariage de ses enfants; elle conserve, mais avec certaine modification, le droit d'exercer la tutelle et le droit d'avoir la garde et la direction de l'éducation des enfants (2); elle perd le droit de correction et d'usufruit.

Le droit de correction passe au tuteur qui ne peut l'exercer qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et seulement par voie de réquisition (art. 468, C. civ.). Par conséquent, la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, exerce ce droit comme tutrice et non comme mère ; elle doit donc se conformer aux prescriptions de l'art. 468 du Code civil.

64. — Si le second mariage vient à être annulé ou à se dissoudre par le décès du mari, la femme recouvre certainement le droit de correction qui ne lui avait été enlevé que par crainte de l'influence du second mari. Dans le même cas, recouvre-t-elle également l'usufruit des biens de ses enfants ?

Nous répondrons affirmativement, car la femme n'ayant perdu l'usufruit que parce qu'il y avait lieu

(1) Voir *infrà*, n° 69 et suivants.

(2) Voir *infrà*, n° 75 et suivants.

de craindre qu'à raison de l'influence du second mari cet usufruit ne fût détourné de sa destination naturelle, il est rationnel que l'usufruit revive lorsque l'influence maritale vient à cesser (1).

65. — Ici se présente la question de savoir si la mère qui vit en état notoire de concubinage doit, comme la mère qui contracte un nouveau mariage, être privée de l'usufruit des biens de ses enfants mineurs (art. 385 et 386, C. civ.).

Si la déchéance du droit d'usufruit prononcée contre la mère en cas de second mariage était une peine, il faudrait assurément en faire l'application à la femme qui dissipe dans une vie de désordre les revenus des biens de ses enfants; mais la dernière disposition de l'art. 386 n'a point un caractère pénal ; car la loi ne peut attacher un châtiment à un fait qu'elle autorise et qui en lui-même n'a rien de blâmable. Elle ne peut punir la mère qui contracte un nouveau mariage, tandis que, dans le même cas, elle laisse le père impuni.

Si la mère qui contracte un nouveau mariage est privée de l'usufruit légal, ce ne peut donc être que parce que le législateur n'a pas voulu *que la femme, cessant d'être chef et passant sous l'autorité du second époux, transportât dans une autre famille les revenus de ses enfants* (2).

Or, il est évident que ce motif n'est pas applicable à la veuve qui vit en état de concubinage; car une union irrégulière ne constitue point, comme le ferait

(1) *Contrà*, Proudhon, n° 144.

(2) Aix, 30 juillet 1813 ; *J. du P.*, 1813, p. 590.



un second mariage, une famille ayant des droits sur les biens de la femme et par conséquent sur l'usufruit des biens qui appartiennent aux enfants issus du mariage, et elle laisse à la femme toute son indépendance légale.

D'ailleurs, le second mariage est un fait nécessairement permanent; le concubinage peut n'être que passager. Le second mariage est authentiquement constaté; la preuve du concubinage est souvent difficile et toujours fâcheuse pour la famille elle-même. Ne comprend-on pas dès lors que la loi ne fasse pas sortir de ces deux faits les mêmes conséquences?

Il y a plus : si l'on ne se laisse pas entraîner par un désir irréfléchi de punir les désordres de la mère, on ne peut manquer de reconnaître que c'est rendre hommage aux lois morales que de ne pas permettre à ceux qui représentent des enfants mineurs d'intenter une action dont les enfants, s'ils avaient été maîtres de leurs droits, se seraient peut-être abstenus par un honorable sentiment de délicatesse, et que c'est en même temps faire une juste appréciation de l'intérêt des enfants, puisque l'exercice de cette action appellerait presque infailliblement sur eux le ressentiment de leur mère (1).

66. — La puissance de la mère naturelle non mariée sur ses enfants non reconnus par leur père, ne diffère de celle qui appartient à la femme veuve sur ses enfants légitimes qu'en ce seul point : elle ne comprend

(1) *Contrà*, Limoges, 15 juillet 1807; *J. du P.*, 1807, p. 212. — Limoges, 2 avril 1810 et 23 juillet 1824; *J. du P.*, 1810, p. 221. — PROUDHON, *Usufruit*, n° 146.



pas le droit d'usufruit des biens des enfants (art. 158 148, 383, 384, C. civ.).

Cette puissance éprouve, lorsque la mère naturelle vient à se marier et que le mariage ne confère pas aux enfants la légitimation, les mêmes modifications qu'un second mariage apporte à la puissance de la femme veuve sur ses enfants légitimes.

Si le mariage opère la légitimation, la mère échange la puissance qui lui appartient comme mère naturelle, contre la puissance dont les mères légitimes sont investies.

67. — Lorsque les enfants naturels sont reconnus par le père et par la mère, celle-ci exerce, concurremment avec le père, ou même à l'exclusion de celui-ci, si l'intérêt des enfants l'exige, le droit de garde, de surveillance et de direction (1). En décidant ainsi, la jurisprudence a suppléé de la manière la plus sage au silence de la loi sur ce sujet. En effet, moins les obligations du père sont étroites, plus il convient que le pouvoir de protection remis à la mère soit étendu.

Mais la reconnaissance faite par le père naturel a toujours pour résultat de dépouiller la mère de l'exercice du droit de correction (art. 381, C. civ.) et du droit de s'opposer *efficacement* au mariage des enfants naturels (art. 158 et 148, C. civ.).

68. — Les femmes autres que la mère et les ascendantes (art. 442, C. civ., §. 3), ne peuvent être tutrices (2).

(1) Caen, 27 août 1828; *J. du P.*, 1828, p. 258. — D., p. 29, 1, 265. — Bruxelles, 23 déc. 1830. — D., p. 33, 2, 211.

(2) La femme peut aussi être tutrice de son mari interdit (art. 507, C. civ.).

La mère et l'ascendante ne jouissent même pas de toute la plénitude des droits attribués au tuteur.

Le père, en effet, a le droit de nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial sans l'avis duquel elle ne peut faire aucun acte relatif à la tutelle (art. 391, C. civ.) (1).

69. — Le conseil remplit des fonctions analogues à celles du curateur ou du conseil judiciaire (art. 513, C. civ.). Sans avoir la faculté de faire par lui-même (2) aucun acte d'administration, il peut empêcher l'accomplissement des actes qu'il désapprouve.

70. — On a enseigné que le père pouvait nommer plusieurs personnes pour conseil, et former ainsi une assemblée sans l'avis favorable de laquelle la femme ne pourrait agir.

Nous ne croyons pas que cette doctrine soit bien fondée. Les termes de l'art. 391 ne la justifient pas. En effet, les fonctions du conseil nommé par le père consistent à *assister* sa femme, ce qui indique que ce conseil ne peut être constitué en une assemblée délibérante. D'ailleurs, il ne peut être permis au père de constituer à côté du conseil de famille un conseil de tutelle qui aurait les mêmes attributions. Le père ne peut non plus nommer plusieurs conseils qui devraient assister la femme, chacun séparément et comme individu; car, nous l'avons dit, ces conseils remplissent des fonctions analogues au curateur ou au conseil judiciaire, et l'on ne peut nommer plusieurs conseils ju-

(1) Il est évident que le père peut restreindre à certains actes déterminés la nécessité de l'assistance du conseil.

(2) Bruxelles, 21 mai 1806. — D. A., 12, 701.

diciaires ou plusieurs curateurs agissant concurremment.

71. — Il est important de faire remarquer que le père ne peut, par la nomination d'un conseil, restreindre la puissance maternelle, que cette nomination n'a d'effet qu'à l'égard des pouvoirs que la mère exerce en qualité de tutrice.

72. — La nomination du conseil ne peut être faite que de l'une des deux manières suivantes : 1°. par acte de dernière volonté; 2°. par déclaration faite devant le juge de paix ou devant notaires.

La déclaration à fin de nomination de conseil, pouvant être faite devant tous notaires, quelle que soit leur résidence, il est évident qu'on ne peut prétendre qu'elle doive être faite devant le juge de paix du domicile du père (1).

Quant à la nomination par testament, il suffit, pour sa validité, que le testament soit régulier en la forme et qu'il émane d'une personne ayant capacité pour tester. Toute autre cause qui empêcherait les dispositions de biens contenues au testament de produire leur effet n'infirmerait pas la nomination du conseil.

73. — On ne peut se refuser à admettre que les causes de destitution qui s'appliquent au tuteur ne s'appliquent également au conseil (art. 444, C. civ.).

Un autre conseil ne peut être donné à la mère tutrice en remplacement du conseil destitué; car le droit de nommer un conseil à la mère tutrice n'appartient qu'au père (art. 391, C. civ.).

74. — Si la mère tutrice veut se remarier, elle doit,

(1) Toullier, t. II, n° 1097.

avant l'acte de mariage convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.

A défaut de cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit, et son mari est solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée (art. 395, C. civ.).

75. — En déclarant la femme remariée déchue *de plein droit* de la tutelle, si elle ne s'y est fait maintenir, la loi a voulu que les mineurs ne fussent pas tenus des engagements que la femme contracterait en leur nom (1); mais elle n'a certainement pas entendu que les mineurs eussent moins de garanties contre la mère qui, faute d'avoir accompli les obligations imposées, est restée chargée de l'administration provisoire de leurs biens (art. 394, C. civ.) que contre la mère qui s'est fait confirmer dans la tutelle.

Les biens de la femme par conséquent sont dans ce cas grevés d'une hypothèque légale au profit des mineurs, même pour raison des obligations qu'elle a contractées envers eux, comme chargée des devoirs de tutrice dans l'intervalle qui s'est écoulé du jour du second mariage au jour où l'administration des biens des pupilles a été remise à un autre tuteur (2).

76. — La mère qui a perdu la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, conformément

(1) La nullité des actes que fait la mère remariée qui a négligé de se faire maintenir dans la tutelle, ne peut être invoquée par des tiers, même de bonne foi, car chacun est présumé connaître la qualité de ceux avec qui il contracte. — Cass., 28 mai 1823. — D. A., 8, 801. — DURANT., t. III, n° 426.

(2) Colmar, 22 juin 1832. — D., p. 33, 2, 80.

aux prescriptions de l'art. 395, peut être réintégrée dans les fonctions de tutrice par le conseil de famille convoqué postérieurement (1).

77. — Le conseil de famille qui peut dépouiller la femme de la tutelle, peut, à plus forte raison, restreindre les droits de la femme comme tutrice (2); mais la femme a la faculté, si ces restrictions ne lui conviennent pas, de ne pas accepter les fonctions qui lui sont déférées.

78. — Lorsque la femme remariée est maintenue dans la tutelle, le mari est de droit cotuteur.

Le conseil ne peut enlever la cotutelle au mari, car cette cotutelle, en ajoutant la responsabilité du mari à celle de la femme, est une garantie pour les pupilles, et elle assure en même temps à la mère tutrice que son mari n'entravera point sans juste motif l'administration de la tutelle (3).

79. — Les pouvoirs du mari comme cotuteur et ceux de la femme comme cotutrice sont si intimement unis, que la suspension ou la déchéance du mari entraîne la suspension ou la déchéance de la femme (4).

---

(1) Pau, 30 juillet 1807. — Metz, 20 avril 1820. — D. A., 12, p. 703 et 711. — Durant., t. III, n° 427.

(2) Jugé que le conseil peut ne conserver la tutelle à la femme qu'à la condition de rendre des comptes et de placer utilement les revenus, et que la femme qui a accepté cette condition est obligée de l'exécuter. — Agen, 14 déc. 1830. — D., p. 31, 2, 130. — Magnin, n° 455. — *Contrà,* Grenoble, 28 juillet 1832. — D., p. 33, 2, 29.

(3) Magnin, n° 453.

(4) Bruxelles, 10 juillet 1811. — D. A., 12, p. 726.

80. — La tutrice et le cotuteur ne représentent le mineur qu'autant qu'ils agissent conjointement.

C'est à tort qu'on a prétendu que la femme mariée sous le régime de séparation de biens peut faire seule tous les actes de tutelle qui rentrent dans la classe des actes d'administration (1), et que le mari peut administrer seul les biens des mineurs lorsqu'il est marié sous un régime qui lui donne l'exercice des actions de sa femme (2).

Les conventions matrimoniales, en effet, ne peuvent avoir d'influence que sur les droits personnels des époux et non sur les droits des personnes dont ils sont les représentants; et de ce que le mari a le droit d'exercer seul les actions de sa femme on ne peut conclure qu'il lui appartient d'exercer seul les actions des mineurs dont sa femme est tutrice, pas plus que de ce que la femme a le droit d'administrer seule ses biens on ne peut conclure qu'elle ait la faculté d'administrer les biens des pupilles dont le mari est cotuteur.

81. — Le droit d'avoir ses enfants près de soi, de veiller sur leur personne, de diriger leur éducation, appartient si essentiellement à la mère, que l'art 450 du Code civil n'est pas assez exprès pour que l'on puisse décider que la mère remariée perd ce droit par cela seul qu'elle n'est pas maintenue dans la tutelle, surtout si l'on considère que la mère la plus intelligente et la plus dévouée peut être écartée de la tu-

(1) Magnin, n° 458.

(2) D. A., 12, 704.

telle, parce que son mari est incapable ou indigne d'être cotuteur.

La jurisprudence fixée dans ce sens ne peut désormais varier (1).

Mais les tribunaux peuvent être légitimement appelés à décider si le soin et la surveillance de la personne des enfants mineurs doivent être laissés à la mère remariée et déchue de la tutelle, ou si ce soin et cette surveillance doivent être confiés au tuteur (2).

82. — La loi n'a posé aucunes règles relatives à la tutelle des enfants naturels. Mais, lors même que la tutelle ne serait pas une conséquence de la puissance paternelle, la raison dirait assez que la tutelle légale des enfants naturels appartient au père ou à la mère qui les a reconnus. Quel autre en effet pourrait être présumé devoir apporter plus de zèle dans l'accomplissement des fonctions de tuteur que celui qui en reconnaissant l'enfant naturel lui a donné un témoignage non équivoque d'affection, et s'est placé dans le cas de lui succéder (art. 765, C. civ.) (3)?

83. — Le silence de la loi sur cette matière a fait

---

(1) Poitiers, 15 février 1811; *J. du P.*, 1811, p. 110 — Bruxelles, 28 janvier 1824; *J. du P.*, 1824, p. 402. — Lyon, 5 avril 1827; *J. du P.*, 1827, p. 325. — Toullier, t. II, n° 1183. — Duranton, t. III, n° 527. — *Contrà*, Colmar, 29 août 1822; *J. du P.*, 1822, p. 603.

(2) Bastia, 31 août 1826; *J. du P.*, 1822, p. 603.

(3) Bruxelles, 4 février 1811; *J. du P.*, 1811, p. 78. — Limoges, 21 janv. 1821; *J. du P.*, 1821, p. 888 — Grenoble, 21 juill. 1836; *J. du P.*, 1837, p. 503. — Magnin, n° 502. — *Contrà*, Paris, 9 août 1811; *J. du P.*, 1811, p. 536. — Durant., t. III, n° 431.

naitre de graves difficultés qu'on ne peut, il faut bien le dire, trancher que d'une manière arbitraire.

La reconnaissance du père postérieure à celle de la mère a-t-elle pour effet de déposséder la mère de la tutelle?

Le père tuteur a-t-il le droit de nommer un conseil à la mère qui lui survit appelée à la tutelle?

On doit, ce nous semble, se garder de tirer aucune induction des règles relatives à la tutelle des enfants légitimes qui tendraient à faire résoudre cette question affirmativement, car ces règles dérivent de la prédominance du pouvoir marital.

Nous croyons que le père et la mère naturels étant dans un état de complète indépendance l'un vis-à-vis de l'autre, ont des droits égaux à la tutelle de l'enfant, et que pour décider sur les prétentions respectives du père et de la mère au droit d'exercer la tutelle, les tribunaux ne devront prendre en considération que le plus grand intérêt du pupille (1); que si l'intérêt du pupille n'est pas engagé dans la question, parce que le père et la mère sont également dignes d'exercer la tutelle, on doit respecter les droits acquis et les prérogatives attachées à l'antériorité de la reconnaissance.

84.—Quant au droit de nommer un conseil à la mère survivante et tutrice, il n'appartient point au père naturel, car ce droit est, comme nous venons de le dire, une conséquence du pouvoir marital, et il serait exorbitant d'en faire l'application lorsque les relations

(1) Agen, 16 frimaire, an XIV. — D. A., 11, 489. — Bruxelles, 23 déc. 1830. — D., p. 33, 2, 211.

du mariage ne garantissent pas que le père n'en usera qu'avec discernement et que si la nécessité l'exige.

85. — La mère naturelle exerçant les fonctions de tutrice a, comme la mère légitime, le droit de choisir, suivant les formes prescrites par l'art. 392 du Code civil, la personne qui devra lui succéder dans la tutelle (art. 397, C. civ.), mais pourvu toutefois que le père naturel soit décédé, car au décès de la mère tutrice le père naturel est tuteur de droit (arg. de l'art. 390, C. civ.).

86. — Par suite du principe que nous avons déjà énoncé, et d'après lequel la tutelle, lorsqu'elle est réclamée du chef du père et du chef de la mère, doit être décernée d'après le plus grand intérêt de l'enfant naturel, nous pensons que la reconnaissance du père faite postérieurement au décès de la mère n'annulle pas de droit la nomination de tuteur faite par celle-ci.

87. — Lorsque la mère naturelle se marie, sa puissance sur ses enfants subit les mêmes modifications qui au cas de second mariage atteignent l'autorité de la mère légitime sur les enfants du premier lit (1).

Il suit de là que la mère naturelle qui se marie doit se faire maintenir dans la tutelle (2), et que le mari est de droit cotuteur.

88. — La mère a la faculté de refuser la tutelle (art. 394, C. civ.). Elle peut se démettre des fonctions de tutrice après les avoir acceptées (3). Mais, dans ces deux cas, elle est tenue de remplir les devoirs de tutrice jusqu'à ce qu'un tuteur soit nommé.

---

(1) Voir *suprà*, n° 67.

(2) Cass., 31 août 1815; *J. du P.*, 1815, p. 61.

(3) Paris, 24 juillet 1835. — D., p. 35, 2, 156.

La mère qui s'est démise de la tutelle, ou qui l'a refusée, ne peut réclamer les fonctions de tutrice qu'au cas où la tutelle se trouve vacante.

89. — Les fonctions de subrogé tuteur ne peuvent être dévolues à la femme que dans le cas où elle a capacité d'être tutrice (art. 426 et 442, C. civ.).

Il n'y a donc que la mère ou l'ascendante qui puisse être subrogée tutrice; la mère, dans le cas seulement où elle a refusé la tutelle; l'ascendante, dans tous les cas où la tutelle est confiée à un parent d'une ligne autre que celle à laquelle elle appartient, pourvu toutefois qu'elle ne se trouve pas dans un cas d'indignité.

90. — Les femmes ne sont pas déclarées incapables d'être curatrices; cette circonstance suffit pour qu'on ne puisse leur refuser le droit d'en exercer les fonctions, qui, d'ailleurs, ont infiniment moins d'importance que les fonctions de tuteur.

CHAPITRE II.

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

SOMMAIRE.

Principe et étendue de l'incapacité de la femme mariée. — Effets du défaut d'autorisation. — Quand l'autorisation doit-elle être donnée. — Cas dans lesquels l'autorisation de justice peut ou doit suppléer l'autorisation du mari. — Différence qui existe entre les effets de l'autorisation du mari et les effets de l'autorisation de justice. — Formes de l'autorisation maritale. — Formes de l'autorisation judiciaire.

Principe et étendue de l'incapacité de la femme mariée.

91. — La femme hors mariage jouit d'une capacité pleine et entière; la femme mariée est au contraire frappée d'incapacité.

Le simple rapprochement de ces deux faits démontre que l'incapacité de la femme mariée n'est point établie dans l'intérêt de la femme elle-même. En effet, l'incapacité, lorsqu'elle est introduite dans l'intérêt de l'incapable, repose sur une présomption légale de défaut d'intelligence suffisante de la part de celui-ci; or, il serait absurde de prétendre que la femme mariée est légalement présumée avoir moins d'aptitude et d'expérience que la femme non mariée.

L'incapacité de la femme mariée, si elle ne dérive pas de la nécessité d'accorder à cette femme une protection spéciale, ne peut avoir d'autre raison que la nécessité de fonder la puissance maritale.

Nous ne devons cependant pas dissimuler que l'on enseigne que l'incapacité de la femme mariée est établie

dans le double but d'assurer la puissance du mari, et de protéger spécialement la femme. Mais cette doctrine n'a pu trouver quelque crédit que parce que l'on s'est préoccupé de l'avantage accidentel qu'il y a pour la femme à obtenir la rescision d'un engagement onéreux, et que l'on n'a point eu égard aux inconvénients permanents de cette mise hors le droit commun.

Ces inconvénients, qui sont plus que compensés lorsque l'incapable est dépourvu de l'intelligence suffisante pour veiller à ses intérêts, ne le sont assurément pas lorsque l'incapable est doué d'aptitude, et ce qui, mieux que tous raisonnements, justifie ce que nous avançons, c'est qu'on peut affirmer, sans crainte d'être démenti, qu'il n'est pas une personne naturellement capable, qui, si on lui accordait la faculté de restitution, ne regardât cette concession comme une gêne et non comme un avantage. Nous sommes donc fondés à poser en principe, que l'incapacité de la femme mariée est établie dans le but exclusif d'assurer la suprématie maritale.

92. — L'incapacité de la femme s'applique à deux ordres de faits : contracter (art. 1124, C. civ.) et ester en jugement (art. 215, C. civ.), §. 2 (1).

---

(1) L'art. 217 du Code civil, qui déclare que la femme ne peut *aliéner* ou *acquérir* sans le concours du mari dans l'acte, etc., est évidemment conçu en termes inexacts, à cause de leur excessive généralité. Mais cette inexactitude de rédaction ne peut tirer à conséquence en présence de l'art. 1124 du Code civil et des principes bien constants en matière d'incapacité. Ainsi, il n'est pas douteux que la femme ne peut, sans le consentement de son mari, acquérir par occupation, par accession ou par prescription.

Le législateur, par une prévoyance dont on ne peut lui faire

93.—L'incapacité de contracter, à laquelle la femme est soumise, n'est pas aussi étendue que l'incapacité qui pèse sur les mineurs et les interdits. On pourrait même, d'après la rédaction de l'art. 1124 du Code civil, penser que l'incapacité est l'exception, et la capacité la règle, si d'ailleurs la généralité des dispositions des art. 217 et suivants ne s'opposait à ce qu'on adoptât cette opinion.

L'art. 1124 doit donc être entendu comme s'il portait que la femme est incapable de contracter, excepté dans les cas exprimés par la loi.

94. — La plus notable des exceptions apportées à l'incapacité de contracter, dont la femme est atteinte, est formulée au §. 2 de l'art. 1449 du Code civil, suivant lequel la femme séparée de biens est capable de faire les actes d'administration.

Cette exception était nécessitée par la force même des choses, car les actes d'administration étant pour la plupart urgents ou même absolument nécessaires, on n'aurait pu, sans grand inconvénient, subordonner la validité de leur accomplissement au concours de la volonté du mari avec celle de la femme.

D'où nous concluons que l'exception dont il s'agit s'applique à tous les cas où la femme a l'administration de ses biens, quel que soit le régime sous lequel elle soit mariée.

95.—Nous avons vu précédemment (n° 25 *bis*) que la femme a, en vertu d'un droit qui lui est propre, et dont elle n'est déchue qu'en cas d'excès, la faculté de

---

un reproche, bien qu'elle soit superflue, décide que la femme peut tester sans autorisation (art. 226, C. civ.).

faire les actes d'administration domestique, et d'obliger par ces actes la communauté et même le mari; à plus forte raison, la femme a-t-elle la capacité de s'obliger elle-même pour raison de ces actes d'administration domestique.

L'achat de ce qui est nécessaire pour l'entretien et les besoins personnels des époux fait partie des actes d'administration domestique. La femme, sous tous les régimes, s'oblige donc valablement sans l'autorisation de son mari ou de justice, pour raison de son entretien et de ses besoins personnels, sauf, au cas d'excès, réduction des obligations contractées et déchéance pour l'avenir de la capacité de s'obliger (arg. des art. 484 et 485, C. civ.) (1).

96. — La femme est capable de contracter, au cas de nécessité et d'événements imprévus, lorsqu'il lui est impossible de se procurer l'autorisation de son mari ou de justice. On ne peut, en effet, raisonnablement prétendre que l'autorité maritale souffre dans ce cas quelque atteinte, puisqu'il est impossible de supposer que la justice eût refusé son autorisation si l'urgence extrême n'avait pas empêché qu'on la lui demandât.

97. — L'incapacité de contracter emporte celle de quasi-contracter. Il est évident que cette règle ne s'applique point aux quasi-contrats, qui se forment sans aucun acte de volonté de la part de la femme; car l'incapacité n'a trait qu'aux actes volontaires.

Cette même règle souffre exception, même à l'égard des quasi-contrats résultant du fait de la femme,

(1) Cass., 14 fév. 1836. — S., 183, 6, 1, 322.

toutes les fois que ces quasi-contrats ne pourraient être annulés sans préjudice effectif pour les tiers (1) qui n'ont point à se reprocher d'avoir contrevenu aux lois de la puissance maritale (2). Nous citerons, comme exemple de ces quasi-contrats, ceux qui résultent de la gestion des affaires d'autrui par la femme, ou de l'immixtion de la part de la femme dans une succession à laquelle elle a été appelée.

L'équité commande cette décision ; car on ne peut, pour assurer la puissance du mari, laisser les tiers exposés sans recours aux faits dommageables de la femme. Néanmoins, des auteurs graves (3) ont soutenu que, dans ce cas, la femme n'était tenue que jusqu'à concurrence du profit qu'elle a tiré; comme si celui qui nuit à autrui n'était obligé de réparer le dommage qu'il a causé qu'autant que ce dommage lui a profité.

La femme a capacité pour faire les actes conservatoires; mais ce n'est qu'autant que ces actes ne constituent ni contrat ni quasi-contrat. La femme ne

---

(1) Nous disons à dessein *préjudice effectif*, car l'obligation résultant du quasi-contrat serait annulable si, par cette annulation, les tiers manquaient seulement de gagner.

(2) Si le tiers, par exemple, payait indûment à la femme, et que le paiement ne fût pas de la classe de ceux dont la réception constitue un acte d'administration, et que la femme a, par conséquent, capacité de recevoir, le tiers, disons-nous, ayant, dans ce cas, une faute à se reprocher, ne pourrait invoquer contre la femme que cette règle d'universelle application, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. La femme ne serait donc tenue que jusqu'à concurrence de ce dont elle aurait profité.

(3) Pothier, *De la puissance du mari*, n° 50. — Delvincourt, t. III, p. 162 et 163. — Duranton, t. II, n° 497. — *Contrà*, Toullier, t. XI, n° 39.



peut donc, si elle n'est autorisée, surenchérir en qualité de créancière hypothécaire (1).

98. — On a récemment prétendu, il est vrai que c'est à la Chambre des Députés (2), que, d'après l'article 217 du Code civil, la femme ne peut publier aucun écrit sans autorisation de son mari ou de justice. Cette opinion n'a été émise, nous le croyons du moins, que parce qu'on a confondu les contrats qui peuvent intervenir à l'occasion de la publication, avec le fait de la publication elle-même. Sans doute le mari a le droit d'attaquer les contrats que la femme a passés sans autorisation avec l'imprimeur ou le libraire, et par lesquels elle prend des engagements pécuniaires; mais ce droit ne contient assurément pas celui d'empêcher la publication.

Comment, en effet, ferait-on rentrer la publication dans les faits prévus par l'art. 217 du Code civil? Cela ne se pourrait, à moins qu'on ne soutînt qu'en publiant les produits de son intelligence la femme consomme une aliénation au préjudice de son mari; mais la raison se révolterait en présence d'une pareille thèse, et jamais la logique judiciaire ne s'égarera au point de décider que, parce que les œuvres de l'esprit sont une propriété en ce sens qu'on ne peut les publier sans le consentement de leur auteur, celui qui use libéralement des produits de son intelligence doive être considéré comme dissipateur de son patrimoine.

99. — Les obligations régulièrement contractées par la femme sont exécutoires sur tous ses biens. Les

(1) Cass., 14 juin 1824; *J. du P.*, 1824, p. 786.
(2) Séance du 26 mars 1841; *Moniteur* du 27.

obligations contractées pour cause d'administration sont régulières, quoique consenties sans l'autorisation du mari; par conséquent elles sont exécutoires même sur les biens dont la femme n'a pas l'administration.

Mais nous devons faire remarquer que l'exécution des obligations contractées pour cause d'administration ne peut, à la différence de l'exécution des obligations qui ont toute autre cause, être poursuivie que sur le mobilier. Autrement il serait possible à la femme d'arriver, par une voie indirecte, à l'aliénation de ses immeubles, aliénation qu'elle ne peut consentir directement (1).

100. — La femme est incapable d'ester en jugement, soit en demandant, soit en défendant, même pour raison des actes qu'elle a la faculté de consentir, quelle que soit la qualité dans laquelle elle agisse (art. 215, C. civ.) (2).

101. — Il est fait exception à cette règle pour le cas où la femme est défenderesse, en matière criminelle ou de police (art. 216, C. civ.). En effet, les poursuites dirigées contre la femme, dans l'intérêt de la vindicte publique, ne doivent dépendre, quant à la continuation de leur exercice, ni de l'autorisation du mari, ni même de l'autorisation du pouvoir judiciaire (3).

102. — Mais celui qui se porte partie civile dans

(1) Besançon, 31 janvier 1827. — S., 27, 2, 50.

(2) Ainsi, la femme doit être autorisée lorsqu'elle agit comme tutrice des enfants de son premier mariage. — Grenoble, 17 août 1831. — D., p. 32, 2, 47.

(3) Voir *infrà*, n° 131, les effets du défaut d'autorisation quand la femme est défenderesse.

une procédure criminelle ou correctionnelle dirigée contre une femme, ou qui cite directement une femme en police correctionnelle (art. 182, C. Instr. crim.), n'agissant que dans son intérêt privé, doit faire autoriser la femme à répondre à sa demande.

103. — Il est encore fait exception à la nécessité d'autorisation, lorsque la femme plaide en nullité de mariage. Dans ce cas, en effet, la femme ne pourrait demander une autorisation sans se reconnaître valablement mariée, et la justice ne pourrait déclarer que la femme est, faute d'autorisation, non recevable en sa demande, sans se prononcer par avance pour la validité du mariage (1).

104. — La femme est dispensée de la nécessité d'autorisation pour continuer d'ester dans l'instance déjà commencée au moment de son mariage. En effet, aux termes de l'art. 342 du Code de procédure, si l'affaire est en état, le jugement ne doit pas être différé par le changement d'état des parties, et, aux termes de l'art. 345 du même Code, le changement d'état des parties n'interrompt pas la procédure. Or, lorsque la procédure est terminée, l'affaire se trouve en état, et, par application de l'art. 342, le jugement ne doit pas être différé.

Néanmoins, si l'adversaire de la femme demanderesse n'a pas constitué avoué avant le changement d'état de la femme, il doit, s'il lui est donné une nouvelle assignation, conformément au §. 2 de l'art. 345 du Code de procédure, faire pourvoir la femme d'autorisation.

(1) Cass., 31 août 1824. — S., 24, 1, 360.

105. — L'appel ou le pourvoi en cassation, constituant une instance nouvelle, le changement d'état survenu avant l'appel interjeté ou avant la signification de l'arrêt d'admission (car c'est seulement devant la Chambre civile que l'instance s'engage contradictoirement), oblige l'adversaire de la femme à la faire pourvoir d'autorisation (1).

Si le changement d'état de la femme survient après que l'appel est interjeté ou que l'ajournement devant la Chambre civile est donné, la procédure doit suivre son cours comme si le changement d'état n'eût pas eu lieu, à moins, toutefois, que, la femme étant demanderesse, le changement d'état n'ait eu lieu avant que son adversaire ait constitué avoué ou avocat devant la Cour de cassation. Dans ce cas, on décidera comme il est dit à la fin du numéro précédent.

106. — Si le mariage vient à être annulé, tous les actes antérieurement faits par la femme non autorisée ne peuvent attaqués, et les intéressés peuvent, en vertu du §. 9 de l'art. 480 du Code de procédure civile, faire tomber, par la voie de la requête civile, les jugements passés en force de chose jugée, qui ont rescindé, pour défaut d'autorisation, les engagements de la femme, à moins, toutefois, que le mariage ne doive produire ses effets à l'égard du mari de bonne foi (art. 201, C. civ.).

107. — Nous n'étendons pas cette dernière restriction au cas où la femme seule est de bonne foi, car la rescision étant la sanction du pouvoir marital, la femme ne peut prétendre avoir le droit d'exercer l'ac-

(1) Cass., 29 nov. 1836; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 131.

tion en rescision, quand, à raison de la mauvaise foi du mari, le pouvoir marital n'a pas existé.

108. — La nécessité d'autorisation est d'ordre public.

D'où il suit :

1°. Que le jugement qui statue sur la demande formée par une femme, en nullité d'une instance poursuivie contre elle, et sans qu'elle ait été autorisée, est susceptible d'appel, encore que l'instance primitive n'ait porté que sur une valeur rentrant dans le taux du dernier ressort (1);

2°. Que la nullité pour défaut d'autorisation peut être proposée pour la première fois en appel, et même devant la Cour de cassation (2);

3°. Qu'on ne peut, même par conventions matrimoniales, affranchir la femme de l'obligation de se faire autoriser (3).

109. — Ce serait évidemment affranchir la femme de l'obligation de se faire autoriser, que de lui donner une autorisation générale. Toute autorisation générale est donc nulle, du moins en tant qu'autorisation générale. Mais, comme la femme peut, sans qu'il soit porté atteinte au pouvoir marital, faire seule les actes d'administration, cette autorisation générale vaut comme autorisation afin d'administrer (art. 123, C. civ.).

110. — Toute autorisation, à l'exception de celle afin d'administrer, doit donc être spéciale. La néces-

---

(1) Toulouse, 20 août 1827. — S., 28, 2, 176.

(2) Cass., 5 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 205.

(3) Cass., 3 janv. 1832. — S., 32, 1, 317.

sité de la spécialité est même telle, que la Cour de cassation a décidé :

Que l'autorisation donnée par le mari à la femme, d'aliéner un immeuble propre à cette dernière, est nulle par défaut de spécialité, lorsqu'elle n'indique ni le nom de l'acquéreur, ni le prix, ni les conditions de la vente (1);

Que l'autorisation d'emprunter et de renoncer à son hypothèque légale pour *toutes* les affaires des époux, doit être considérée comme générale, et conséquemment comme nulle et sans effet (2).

111. — Cependant, malgré la nécessité de la spécialité, l'autorisation donnée pour un acte déterminé s'étend à toutes les conséquences nécessaires de cet acte. Ainsi, la femme autorisée à plaider est suffisamment autorisée à comparaître en conciliation, à faire exécuter le jugement et à former opposition au jugement par défaut rendu contre elle (3).

La femme autorisée à se pourvoir devant la Chambre des requêtes n'a pas besoin d'une nouvelle autorisation pour ester devant la Chambre civile de la Cour de cassation.

---

(1) Cass., 14 déc. 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 761. — Nous pensons que le défaut de désignation de l'acquéreur ne peut vicier l'autorisation. Qu'importe, en effet, au mari, en général du moins, que tel ou tel soit acquéreur, pourvu que l'acquéreur soit solvable. D'ailleurs, si l'on exigeait d'une manière absolue que l'acquéreur soit désigné dans l'acte d'autorisation, on mettrait souvent le mari dans l'impossibilité d'autoriser sa femme à l'avance, puisqu'on ne peut que rarement prévoir quelles personnes seront dans le cas d'acquérir.

(2) Cass., 18 mars 1840; *J. du P.*, 1840, t. I, p. 424.

(3) Montpellier, 6 mars 1828. — D., p. 27, 2, 60.

112. — Mais la femme autorisée à plaider en première instance a besoin d'une autorisation nouvelle pour interjeter appel (1).

Autorisée à interjeter appel, elle a besoin d'une autorisation nouvelle pour se pourvoir en cassation (2).

La raison de ces diverses décisions, c'est que l'opposition et le jugement par défaut font partie de la même instance, et que l'instance devant la Chambre civile n'est que la continuation de celle qui a été suivie devant la Chambre des requêtes; tandis que l'appel interjeté, le pourvoi en cassation sont le principe d'instances nouvelles (3).

Ce que nous venons de dire n'implique pas que la femme ne puisse, dès l'origine du procès, être autorisée à suivre son action devant tous les degrés de juridiction (4).

113. — L'autorisation de plaider, même devant tous les degrés de juridiction, ne comprend que l'autorisation de faire les actes nécessaires pour que l'instance suive son cours. Par conséquent, autorisée à plaider, la femme a besoin d'une autorisation spéciale pour transiger, et, à plus forte raison, pour se désister.

114. — On a agité devant la Cour d'Angers la question de savoir si la femme autorisée à plaider est

(1) Cass., 17 janv. 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 193. — Aix, mai 1827. — S., 28, 346. — Paris, 27 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 743. — *Contrà*, Poitiers, 1827. — S., 28, 2, 22.

(2) Cass., 14 juillet 1819. — S., 19, 1, 407. — Cass., 25 mars 1812. — S., 12, 1, 317.

(3) Duranton, t. II, n° 459.

(4) Cass., 20 août 1820. — S., 21, 1, 35.

autorisée à prêter le serment décisoire, et cette Cour a décidé négativement (1).

Nous croyons que c'est à tort; car la délation du serment étant un acte qui peut avoir lieu dans toute espèce de contestation (art. 1358, C. civ.), le mari, en autorisant sa femme à plaider, l'autorise implicitement à prêter serment.

D'ailleurs, la nécessité de l'autorisation spéciale appliquée au serment déféré n'a pas de sens. En effet, si le mari refuse d'autoriser sa femme à prêter serment, il la prive d'un moyen de défense du mérite duquel elle seule doit être juge. Il la signale en outre, ce qui est plus fâcheux encore, comme étant dans le cas de commettre un parjure si la probité maritale n'y venait mettre obstacle. Si, au contraire, le mari ne veut pas autoriser sa femme à refuser le serment, il la contraint virtuellement à le prêter, ce qui est de tous les actes le plus illégal.

Le mari ne peut donc refuser à sa femme l'autorisation de prêter ou de refuser le serment. Or, si le mari ne peut refuser cette autorisation, pourquoi exiger qu'elle lui soit demandée?

115. — Un point sur lequel s'élève une difficulté plus sérieuse, c'est celui de savoir si l'aveu judiciaire qui est fait par une femme mariée plaidant avec autorisation est valable.

La raison de douter vient de ce que l'aveu judiciaire ne constitue pas l'obligation quoiqu'il la constate, et de ce qu'il est difficile que le juge soit scrupuleux observateur des règles du droit au point de ne pas

(1) Arrêt du 28 janvier 1825. — S., 25, 2, 159.

condamner la femme qui s'est reconnue débitrice. Mais cette raison de douter cède devant une double induction, tirée de ce que la femme n'a pas capacité pour donner une reconnaissance extrajudiciaire (1), et de ce que l'autorisation d'ester en justice n'attribue pas à la femme capacité pour se désister.

On ne comprendrait pas en effet que la femme pût avoir capacité pour donner en justice une reconnaissance qu'elle ne pourrait donner extrajudiciairement. On comprendrait moins encore qu'elle pût reconnaître les droits de son adversaire, puisque cette reconnaissance aurait tous les effets d'un désistement.

116. — Si cependant le mari est en cause, comme il est partie dans tous les actes de l'instance, l'aveu judiciaire se trouve, par la force même des choses, fait avec l'autorisation implicite et spéciale du mari. Mais cette circonstance est nécessaire pour que l'aveu judiciaire soit valable si la femme n'est pas expressément autorisée à le faire (2).

117. — Du principe que la nécessité de l'autorisation maritale est d'ordre public, et que le mari ne peut abdiquer le pouvoir que la loi lui a remis, il suit encore que l'autorisation est révocable tant que l'acte pour raison duquel elle a été donnée n'est pas accompli.

---

(1) La femme n'a pas capacité pour donner une reconnaissance extrajudiciaire, car si elle pouvait se reconnaître une dette, elle pourrait, au moins indirectement, s'obliger. — Pothier, *Traité des Obligations*, n° 836.

(2) Cass., 22 août 1828; *J. du P.*, 1828. — F. 1828, p. 1388.

Si le mari révoque son autorisation sans retirer des mains de sa femme l'acte écrit qui constate son consentement, ou s'il ne notifie pas aux tiers intéressés qu'il cesse d'assister sa femme, l'acte vaut à l'égard des tiers, qui, dans ce cas, n'ont aucune faute à se reprocher. L'art. 2005 du Code civil fournit, à l'appui de cette décision, un argument irrésistible.

118. — L'exercice du pouvoir marital ne peut être délégué à un tiers par le mari. Par conséquent, le droit d'autoriser la femme ne peut être remis à un mandataire.

Effets du défaut d'autorisation.

119. — Les contrats passés par la femme non autorisée et les jugements rendus pour ou contre elle (1), sont rescindables.

120. — L'autorisation est exigée uniquement dans l'intérêt du pouvoir marital (2). D'où il suit que l'action en rescision contre les actes de la femme non autorisée, ne peut être exercée — ni par les tiers qui ont contracté avec la femme ou esté contre elle en justice, — ni par les créanciers du mari ou de la femme du chef de leur débiteur, car des créanciers ne peuvent avoir qualité pour venger l'autorité maritale mécon-

(1) Si la femme avait figuré dans une instance, mais sans qu'aucune condamnation eût été prononcée contre elle ou en sa faveur, le défaut d'autorisation ne serait point une cause de rescision. Aussi, lorsque dans une procédure sur expropriation forcée, la femme de l'exproprié a été partie comme créancière, et qu'aucune condamnation n'a été prononcée à son préjudice, on ne peut attaquer la procédure pour défaut d'autorisation. — Besançon, 29 germinal an XII. — D. A., 10, 150.

(2) Voir *suprà*, n° 91.

nue (1), — ni par les tiers autres que ceux qui ont traité avec la femme, et qui cependant ont intérêt à faire tomber les engagements de la femme; telle est la caution de la femme (2), tel est le détenteur de l'immeuble hypothéqué par la femme (3).

121. — Du même principe il devrait suivre encore que l'action en rescision pour défaut d'autorisation ne pût être exercée par les héritiers du mari ou de la femme. Car les héritiers, pas plus que les créanciers, ne peuvent se prétendre investis du droit de venger l'autorité du mari.

Néanmoins la loi en a décidé autrement. Aux termes de l'art. 225 du Code civil la nullité fondée sur le défaut d'autorisation peut être opposée par les héritiers du mari ou de la femme.

Nous serions assez porté à croire que cette disposition de la loi est due à une inadvertance de rédaction; mais comme on ne doit s'en tenir à une semblable explication de la loi que lorsque toute autre interprétation est impossible, nous aimons mieux considérer la disposition dont il s'agit comme un moyen de sanctionner plus efficacement l'obligation imposée à la femme de se faire autoriser.

122. — Pour ne s'être pas suffisamment attachés au principe que l'autorisation n'est exigée qu'à raison du pouvoir du mari, plusieurs jurisconsultes ont sub-

(1) *Sic*, Toullier, t. VII, n° 567. — Angers, 1er août 1810, — D. A., 10, 150. — Grenoble, 2 août 1827. — D., p. 28, 2, 95. —*Contrà*, Dalloz. — D. A., 10, 150. — Duranton, t. II, p. 512.

(2) Art. 2012 du Code civil.

(3) Lyon, 27 mars 1832. — D., p. 33, 2, 210.

ordonné en certains cas à l'existence de la lésion le droit d'exercer l'action en rescision pour défaut d'autorisation.

Ainsi l'on a enseigné que le mari qui pendant le mariage peut agir en rescision dans le seul but de venger son autorité méconnue, ne peut, après le mariage, agir que dans un intérêt pécuniaire (1), ce qui conduit nécessairement à décider que les héritiers du mari ou de la femme ne peuvent agir qu'autant qu'il y a lésion.

Mais cette doctrine, qui soumet à des conditions différentes l'exercice de l'action en rescision, selon que cette action est intentée *avant* ou selon qu'elle est intentée *après* la dissolution du mariage, est évidemment tout arbitraire.

Pour nous, sur la foi de notre principe fondamental, nous tenons pour certain que l'action en rescision peut être exercée dans *tous les cas* sans qu'il y ait lésion.

123. — Le dol de la part de la femme emporte déchéance, même pour le mari, du droit de faire prononcer la rescision, car le mari ne peut faire annuler les obligations que la femme s'est imposées par son délit ou son quasi-délit.

A plus forte raison, le mari, lorsqu'il s'est rendu complice du dol, n'est pas recevable à exercer l'action en rescision (2).

124.— Toutefois, le tiers envers lequel la femme s'est engagée sans autorisation, n'est à l'abri de l'action en rescision qu'autant que ce n'est pas par sa

---

(1) D. A., 10, 150, n° 7.

(2) Cass., 7 mars 1807.—S., 7, 1, 261.—Cass., 30 août 1808. —S., 9, 143.—Bourges, 27 nov. 1829.—S., 30, 2, 171.



faute qu'il est devenu victime du dol exercé par la femme (1).

Ainsi, on ne considérerait pas comme dol suffisant pour faire obstacle à la rescision, la simple prétention, de la part de la femme, qu'elle est autorisée à contracter. Dans ce cas, si le créancier ne s'est pas fait représenter l'acte constatant l'autorisation, comme c'était son devoir, il n'a été trompé que faute de vigilance, et les conséquences de cette faute doivent retomber sur lui (2).

Cette doctrine est rigoureuse sans doute, mais elle est nécessaire pour que les effets attachés à l'incapacité ne soient pas éludés.

125. — Nous croyons que, lors même qu'elle n'aurait pratiqué aucun dol pour tromper les tiers, la femme ne serait pas restituable contre les engagements qu'elle a pris sans autorisation, si d'ailleurs il y a erreur commune sur sa qualité. La rescision, en effet, repose sur ce principe, qu'il y a faute de la part de celui qui contracte avec un incapable. Or, au cas d'erreur commune sur la qualité d'une femme mariée, il n'y a nul motif plausible pour faire application de ce principe à ceux qui contractent avec la femme sans s'être fait représenter l'autorisation.

126. — Les conditions de l'exercice et de la durée de l'action en rescision, lorsque cette action est relative aux conventions passées par la femme, sont déterminées par les art. 1304 et suivants du Code civil.

(1) Cass., 28 mars 1823. — S, 24, 1, 7.
(2) Paris, 9 thermidor an XII. — S., 7, 2, 790.

127. — Mais de sérieuses difficultés se présentent au sujet de la manière d'attaquer les jugements rendus contre la femme, lorsque ces jugements ont acquis l'autorité de la chose jugée. On ne peut, en effet, attaquer un jugement par les voies de rescision ouvertes par l'art. 1304.

La jurisprudence semble être fixée en ce sens que le mari doit attaquer le jugement par voie de tierce opposition (1), et que la femme ne peut plus attaquer le jugement quand il a obtenu contre elle l'autorité de la chose jugée (2).

Nous ne croyons pas que ces solutions soient acceptables, car elles privent la femme du droit qui appartient à tout incapable d'être restitué contre les actes faits en dehors de sa capacité; elles placent le mari et la femme dans une position inégale, quant au droit de demander la rescision, et cependant l'art. 225 du Code civil les a mis sur le même rang.

Selon nous, ces jugements doivent être attaqués par la voie de la requête civile. Nous nous fondons, pour décider ainsi, sur l'art. 480, §. 2, du Code de procédure; car il est vrai de dire que quand la femme n'a pas été autorisée, les formes prescrites à peine de nullité ont été violées. Nous nous fondons également sur l'art. 481 du même Code, car la femme mariée doit être assimilée aux autres incapables.

128.—Le point de départ et la durée de l'action en rescision se trouvent donc fixés, par l'art. 484 du Code de procédure, à trois mois à partir de la dissolution du

(1) Montpellier, 27 avril 1831. — D., p. 32, 2, 23.

(2) Cass., 7 oct. 1812. — D. A., 1, 514.



mariage, si le jugement a été signifié pendant le mariage, et à partir du jour de la signification seulement, si cette signification n'a eu lieu qu'après la dissolution du mariage.

129. — La rescision du contrat ou du jugement a pour effet de placer la femme dans la position où elle se trouverait si le contrat n'avait pas été passé, si le jugement n'avait pas été rendu. Par conséquent, lorsque le contrat ou le jugement ont été suivis d'exécution de la part de la femme, celle-ci a une action afin d'obtenir que les choses soient remises dans leur état primitif.

Il n'est pas sans intérêt de faire remarquer que la rescision, lorsqu'elle s'applique à des contrats ou à des quasi-contrats qui donnent à la femme une action en restitution ou en reddition de compte, tels sont le prêt, le dépôt, le mandat, le paiement de l'indû, ne modifie point l'action qui sort du contrat au profit de la femme, elle avance seulement l'époque de son exercice. Pour ne reprendre qu'un des exemples que nous venons de citer, la femme qui a fait un prêt sans autorisation, agira, malgré la rescision du contrat de prêt, en restitution contre l'emprunteur qui se trouvera déchu du bénéfice du terme stipulé pour le remboursement.

130. — Les tribunaux ne doivent se prêter à l'accomplissement d'aucun acte contraire à la loi. D'où il suit que celui qui actionne une femme non autorisée doit être déclaré même d'office non recevable.

Toutes les parties engagées dans l'instance, et qui ont intérêt à ce que le jugement rendu soit à l'abri d'attaque, ont par le même motif qualité pour oppo-

ser au demandeur le défaut d'autorisation ou pour poursuivre eux-mêmes l'autorisation de la femme. Ainsi, au cas de procédure d'ordre, tous les créanciers qui y figurent ont qualité pour faire déclarer le poursuivant non recevable s'il n'a fait autoriser la femme sur les biens de laquelle l'ordre est ouvert, à moins toutefois qu'ils n'aiment mieux faire eux-mêmes autoriser la femme.

L'art. 225 du Code civil, qui dispose que la femme, le mari ou leurs héritiers peuvent seuls opposer le défaut d'autorisation, ne contrarie point notre décision. Cet article, en effet, est conçu dans la prévision du cas où il s'agit de faire annuler l'acte accompli sans que la femme soit autorisée, et non du cas où il s'agit de prévenir l'accomplissement de cet acte. Or, on comprend à merveille que des tiers ne puissent demander la nullité d'un acte passé entre eux et la femme non autorisée, parce que l'autorisation n'est pas exigée dans l'intérêt des tiers. Mais la raison se refuse d'admettre que des tiers ne puissent empêcher l'accomplissement irrégulier d'actes dont la régularité leur importe.

131. — Lorsque la femme est demanderesse, le défaut d'autorisation ne la rend pas irrecevable. Il y a seulement lieu de surseoir au jugement, jusqu'à ce que la femme ait rapporté l'autorisation de son mari, ou jusqu'à ce que la justice elle-même ait donné l'autorisation (1).

---

(1) Cass., 17 janv. 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 193. — Cass., 5 août, 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 205. — Cass., 11 août 1840; *J. du P.*, t. II, p. 455.

Cette différence dans les effets du défaut d'autorisation, selon que la femme est demanderesse ou selon qu'elle est défenderesse, peut surprendre un instant; cependant elle est parfaitement rationnelle.

En effet, la nullité pour défaut d'autorisation ne peut être prononcée contre la femme dans l'intérêt des tiers. Or, il est évident que si la femme était déclarée non recevable, elle perdrait le bénéfice de son exploit introductif d'instance, de son acte d'appel ou de son pourvoi en cassation; actes que les tiers n'auraient cependant pas droit d'attaquer comme faits sans autorisation.

Les demandeurs autres que la femme, au contraire, ne peuvent raisonnablement prétendre que le défaut d'autorisation ne doit que faire surseoir à statuer sur leur action, car le jugement rendu à leur profit contre la femme non autorisée étant sujet à rescision, il est évident qu'à plus forte raison l'action dirigée par eux contre la femme non autorisée doit être déclarée non recevable.

132. — Non-seulement les tribunaux ne peuvent déclarer de prime abord la femme non autorisée non recevable dans son action, ils ne peuvent même déterminer un délai passé lequel la femme serait déclarée non recevable faute d'être autorisée. C'est aux adversaires de la femme qui ne veulent pas rester indéfiniment sous le coup de l'instance dirigée contre eux, à faire autoriser la femme.

Faute par eux d'user de ce moyen, ils restent engagés dans l'instance jusqu'à la péremption de la procédure ou jusqu'à la prescription de l'action elle-même.

133. — Lorsque les délais de la procédure sont fixés d'une manière invariable, le sursis accordé par suite du défaut d'autorisation ne peut suspendre leur cours. Ainsi, lorsque la femme poursuit une saisie immobilière, cette saisie, et la procédure qui l'a suivie, tombe, si, au jour de l'adjudication, la femme n'est pas autorisée.

134. — Toutes les personnes engagées dans l'instance où la femme non autorisée figure comme défenderesse, peuvent faire déclarer le demandeur non recevable (1). Ces mêmes personnes ont, à plus forte raison lorsque la femme non autorisée est demanderesse, le droit de conclure à ce qu'il soit sursis à statuer sur la demande de la femme.

La Cour de Grenoble a cependant décidé (2) que le tiers acquéreur menacé d'éviction par suite d'une surenchère formée par une femme non autorisée, ne peut opposer le défaut d'autorisation, et que la femme peut continuer les poursuites et les fins de sa surenchère. Il est à regretter que cette décision n'ait pas été l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, car elle est manifestement contraire à l'esprit, sinon à la lettre, des articles 225 et 1125 du Code civil. Ces articles, en effet, n'ont assurément pas dérogé au principe d'équité qui veut que les intérêts des tiers ne soient pas livrés à la discrétion des femmes mariées qui agiraient sans autorisation, afin de se ménager un moyen extraordinaire pour revenir sur les jugements qu'elles auraient provoqués.

---

(1) Voir *suprà*, n° 130.

(2) Grenoble, 11 juin 1825; *J. du P.*, 1825, p. 580.

Quand l'autorisation maritale doit-elle être donnée.

135. — Nous avons établi que l'autorisation n'est exigée que dans l'intérêt du pouvoir marital (1).

De ce principe il suit que la ratification du mari suffit pour mettre à l'abri de la rescision les actes que la femme a passés sans autorisation.

Mais on ne peut conclure de là, ainsi que l'ont fait certains jurisconsultes (2), qu'il est indifférent que l'autorisation soit donnée *après* ou *avant* l'accomplissement de l'acte. L'art. 1338 du Code civil, en effet, fait dépendre la validité de la ratification de certaines formalités que l'autorisation ne comporte point.

Il faut donc tenir pour certain que l'autorisation ne peut être postérieure à l'acte, bien que le défaut d'autorisation puisse être réparé par une ratification en due forme.

136. — Lorsque l'acte, au lieu d'être fait dans un seul trait de temps, s'accomplit à des époques successives, il suffit que l'autorisation maritale soit accordée avant que cet acte soit parfait. Au cas, par exemple, d'une donation dont la promesse et l'acceptation ont lieu par acte séparé, l'autorisation est valablement donnée après la promesse, alors même que la femme serait partie promettante, pourvu toutefois que l'autorisation ne soit pas postérieure à l'acceptation.

L'application de cette règle au cas où il s'agit d'autorisation, afin d'ester en jugement conduit à décider

(1) Voir *suprà*, n° 91.

(2) Delvincourt, t. I, p. 195. — Vazeille, t. II, n° 379.

que, tant que le jugement n'est pas rendu, l'autorisation peut intervenir et valider l'instance introduite (1). Ainsi, au cas d'appel interjeté ou de pourvoi en cassation formé par la femme, l'autorisation peut être valablement donnée après l'expiration des délais d'appel ou de cassation (2).

La jurisprudence est parfaitement constante sur ce point (3).

137. — Des difficultés assez sérieuses s'élèvent sur la question de savoir si la certitude de la date de l'autorisation maritale peut, lorsque cette autorisation ne résulte pas du concours du mari dans l'acte, être établie par témoins ou par des présomptions de fait.

Il semble, en effet, qu'il y ait contradiction à admettre la preuve par témoins ou la preuve tirée des présomptions de fait relativement à la date de l'auto-

---

(1) Cass., 16 janv. 1838; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 543. — Néanmoins, par suite de la disposition tout exceptionnelle de l'art. 2288 du Code civil, lorsqu'une saisie immobilière est pratiquée sur la femme, le mari doit être mis en cause dès le premier acte de la procédure. En effet, il ne s'agit pas seulement, dans le cas prévu par cet article, d'une simple autorisation, mais bien d'une assistance réelle.

(2) Si, au contraire, l'appel est interjeté ou le pourvoi formé contre la femme, l'autorisation doit être donnée ou du moins demandée dans les délais de l'appel ou du pourvoi. — Cass., 14 juill. 1819. — D. A., 7, 831.

(3) Cass., 5 août 1812. — D. A., 7, 716. — Ordonnance du Conseil d'État, 1er mars 1826. — D., p. 27, 3, 32. — Bourges, 17 nov. 1829; *J. du P.*, 1829, p. 1517. — *Sic*, Paris, 24 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 742. — *Contrà*, Amiens, 21 nov. 1838, relaté avec l'arrêt de cassation du 11 nov. 1839, *J. du P.*, 1839, t. II, p. 516.

risation, quand l'autorisation elle-même ne peut en général être constatée que par écrit (1). Mais plusieurs motifs graves s'opposent à ce que l'on puisse accepter cette considération comme décisive. La date d'un écrit ne devient certaine que par l'enregistrement (2). Si l'on n'admettait pas que les magistrats pussent juger de la sincérité de la date, d'après les circonstances de fait, il faudrait que tous les actes passés par une femme mariée et les actes d'autorisation donnés par le mari fussent enregistrés. Or, en présence de nos lois fiscales, cette nécessité serait extrêmement fâcheuse (3). Il y a plus : l'enregistrement de l'acte n'atteindrait pas le but proposé, car l'enregistrement ne peut établir la simultanéité de deux actes, lors même que ces actes prennent date certaine du même jour. Or, l'approbation maritale, quoique donnée le jour même où l'acte a été passé, constitue une ratification et non une autorisation, si elle n'a pas été donnée dans le trait de temps où l'acte s'est accompli. L'enregistrement est donc insuffisant pour prouver la simultanéité de l'acte passé par la femme et de l'approbation donnée par le

(1) Voir *infrà*, n° 160.

(2) Si nous parlons de l'enregistrement seulement, c'est que les autres faits prévus par l'art. 1328 du Code civil comme pouvant donner date certaine aux écrits, ne se rencontrent qu'accidentellement, et qu'il n'est guère présumable que les parties comptent jamais sur la mort de l'une d'elles pour donner date certaine au contrat qu'elles forment.

(3) La jurisprudence, pour soustraire les parties à l'intolérable nécessité de l'enregistrement de tous les actes, a décidé, avec juste raison, que la disposition de l'art. 1410 du Code civil oblige seulement les juges à se prononcer sur la sincérité de la date.

mari, non-seulement lorsque l'acte et l'approbation sont constatés par des actes séparés, mais encore quand l'approbation du mari est mise au pied de l'acte passé par la femme.

Par conséquent, les circonstances de fait, la preuve par témoins, sont les seuls moyens de preuve qui puissent établir que l'approbation du mari n'est pas postérieure à l'acte; d'où l'on doit conclure que ces moyens de preuve sont réguliers (1).

138. — Mais tout acte faisant foi de sa date à l'égard de celui qui l'a souscrit, le mari n'est jamais recevable à prétendre qu'il n'a donné son autorisation que postérieurement à l'accomplissement de l'acte.

139. — Le droit de ratifier dérive du même principe que le droit d'autoriser. Par conséquent, le mari ou ses héritiers peuvent, même après le décès de la femme, ratifier les actes faits en contravention aux lois de la puissance maritale. En effet, dès que l'autorité maritale est satisfaite, les héritiers de la femme ne peuvent, pas plus que la femme elle-même, prétendre qu'ils conservent le droit, qui jusque-là leur appartenait, d'attaquer l'acte passé sans autorisation(2).

Cas dans lesquels l'autorisation de justice peut ou doit suppléer l'autorisation maritale.

140. — L'autorisation de justice peut être donnée dans tous les cas où le mari refuse d'autoriser sa femme.

(1) Turin, 17 déc. 1810; *J. du P.*, 1810, p. 710. — Riom, 23 janvier 1829. — D., p. 32, 2, 99.

(2) Il est à peine besoin de rappeler que la ratification ne peut être utilement donnée qu'autant que la rescision n'est pas encore prononcée.

Les tribunaux ont un pouvoir sans limites pour apprécier les motifs du refus du mari et pour relever la femme des conséquences de ce refus. Mais, afin de se conformer aux intentions du législateur, ils doivent, pour se déterminer à accorder ou à refuser l'autorisation, moins prendre en considération l'intérêt personnel de la femme que l'intérêt de la société conjugale. Ainsi, les juges ne devraient pas autoriser la femme à attaquer la vente d'un de ses propres, lors même que la femme aurait intérêt à faire tomber cette vente, si, d'ailleurs, par suite de cette action en rescision, le mari se trouvait exposé à des dommages-intérêts considérables, et si le trouble pénétrait dans la famille.

141. — L'autorisation de justice supplée encore l'autorisation maritale, quand le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ce qui a lieu au cas d'interdiction ou d'absence.

142. — Quelques questions qui ne manquent pas d'intérêt s'élèvent sur ce sujet.

L'art. 221 du Code civil porte que lorsque le mari est frappé d'une condamnation à une peine afflictive *ou* infamante, la femme doit, pendant la durée de la peine, être autorisée par justice.

Cet article suppose évidemment que le mari n'est que temporairement privé du droit d'autoriser sa femme; néanmoins, aux termes de l'art. 28 du Code pénal, toute condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la détention, de la reclusion et du bannissement, c'est-à-dire à une peine afflictive ou infamante non perpétuelle, emporte la dégradation civique. Or, la dégradation civique est une peine infamante

et une peine perpétuelle. D'où il résulte que toute condamnation à une peine afflictive ou infamante temporaire met le mari dans une impossibilité perpétuelle d'autoriser sa femme. Comment résoudre cette antinomie?

L'art. 34 du Code pénal nous en fournit le moyen. En effet, non-seulement il ne comprend pas parmi les effets de la dégradation civique la privation pour le mari du droit d'autoriser sa femme, mais il reconnaît implicitement que le mari continue d'être investi de ce droit, puisqu'il peut être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire de ses propres enfants, faculté qui a une analogie parfaite avec le droit d'autoriser la femme, en ce que, comme lui, elle s'applique à des relations de famille.

D'ailleurs, faire résulter de la dégradation civique la privation pour le mari du droit d'autoriser sa femme, ce serait introduire parmi les effets de la dégradation civique un élément qui ne serait pas en harmonie avec les effets que la loi y a attachés, puisque les privations et déchéances, résultant de cette peine, ont pour objet des droits civiques, c'est-à-dire se rattachant à la vie publique, et non des droits civils, c'est-à-dire purement privés. Pour se convaincre de la vérité de cette observation, il suffit de parcourir l'énumération contenue en l'art. 28 du Code pénal.

Il faut donc interpréter l'art. 221 du Code civil comme s'il portait peines afflictives *et* infamantes. Par conséquent, une simple condamnation au bannissement et la dégradation civique, qui sont de simples peines infamantes, ne privent pas le mari du droit d'autoriser sa femme.

143. — Tout contumace est suspendu de l'exercice de ses droits de citoyen et ne peut ester en justice (art. 465, C. Instr.). Le mari en état de contumace ne peut donc autoriser sa femme; il ne peut même se présenter devant la justice pour déduire les motifs qui doivent faire refuser la demande d'autorisation.

144. — La condamnation du mari à une peine emportant mort civile, dissout le mariage, et par suite affranchit la femme de la nécessité de l'autorisation du mari ou de justice.

145. — Mais comme le mariage n'est dissous qu'au moment où la mort civile devient définitive (art. 227, §. 3, C. civ.), ce n'est, dans le cas de condamnation par contumace, qu'à l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement de contumace que la femme est dispensée de se faire autoriser par justice (art. 476, C. Instr.).

Avant l'expiration du délai de cinq ans, les actes passés par la femme sans autorisation de justice sont rescindables, lors même que le mari ne s'est pas présenté dans ce délai de cinq ans; car, à la différence des autres effets de la mort civile, la dissolution du mariage ne se produit que cinq ans après l'exécution du jugement de contumace.

146 — Pour que l'autorisation de justice puisse remplacer l'autorisation maritale, il n'est pas besoin que l'absence soit déclarée ou présumée, il suffit que le mari soit non présent (1). Cependant, si l'absence du mari est simplement momentanée, les tribunaux ne doivent pas accorder l'autorisation, à moins que le mari

(1) Agen, 31 juillet 1806. — D. A., 10, 147.

n'ait été assigné avec délai suffisant pour donner ou refuser son autorisation (1).

147. — Il faut évidemment assimiler au cas d'interdiction celui où le mari est en état de démence, quoique non interdit; et au cas d'absence, celui où le mari, quoique sur les lieux, est dans l'impossibilité de communiquer avec sa femme, par exemple s'il est détenu au secret. Dans ces cas, l'autorisation de justice ne doit être accordée qu'autant qu'il est justifié de l'impossibilité où se trouve le mari, soit d'accorder, soit de refuser l'autorisation.

148. — On comprend que lorsque le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, les tribunaux peuvent donner à la femme une autorisation générale d'administrer, autorisation dont le mari ou ceux qui le représentent peuvent toujours provoquer la révocation, soit que sa durée ait été limitée ou qu'elle ne l'ait pas été.

149. — La Cour de cassation a, par un arrêt récent (2), décidé que le mari pourvu d'un conseil judiciaire ne peut autoriser sa femme à ester en justice. Nous croyons qu'en cela elle fait une fausse application du principe que celui qui est incapable ne peut conférer à autrui une capacité qu'il n'a pas.

Sans doute, l'incapacité d'un mineur ou d'un interdit ne peut être couverte par l'intervention de personnes qui n'ont pas elles-mêmes la plénitude de leur intelligence; mais l'incapacité de la femme est uniquement fondée sur la nécessité de faire respecter l'autorité

---

(1) Colmar, 31 juillet 1810; *J. du P.*, 1810, p. 498.
(2) Cass., 11 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 455.



maritale. Or, l'autorité maritale est sauve, bien que l'autorisation soit donnée par un mari incapable de gérer ses propres affaires. L'art. 222 du Code civil confirme de la manière la plus formelle l'observation que nous présentons, puisque c'est uniquement pour le cas où le mari est interdit ou absent qu'il porte que le juge peut autoriser la femme. Le mari mineur ou pourvu d'un conseil judiciaire peut donc autoriser la femme, même pour des actes qu'il n'a pas lui-même la capacité d'accomplir (1).

150. — Si, la femme étant mineure ou interdite, le mari est chargé de la curatelle (2) ou de la tutelle, les actes dans lesquels il figure en qualité de tuteur ou de curateur sont réputés faits avec l'autorisation maritale; car le mari ne peut prétendre qu'il n'autorise pas comme mari les actes qu'il fait lui-même comme tuteur ou qu'il approuve comme curateur. Dans ce cas, l'autorisation résulte du concours du mari dans l'acte.

Si le mari vient se soustraire aux conséquences de ce concours dans l'acte (art. 1450, C. civ.) (3), il doit déclarer qu'il n'entend agir qu'en qualité de tuteur ou de curateur, et faire autoriser sa femme par justice.

151. — Si un autre que le mari est tuteur (soit parce que le mari est incapable de remplir ces fonctions, soit parce qu'il en a été destitué), le mari doit

(1) On ne peut nous opposer l'art. 2208 du Code civil, article qui est évidemment tout exceptionnel, car il ne s'agit pas seulement d'autoriser la femme à ester en justice, mais encore de l'assister dans l'instance.

(2) Le mari majeur est curateur légal de sa femme mineure. — Pau, 11 mars 1811. — D. A., 12, 782.

(3) Voir *infrà*, n° 157.

autoriser le tuteur qui agit au nom de sa femme, comme il autoriserait sa femme elle-même.

152. — La femme doit-elle être autorisée par justice pour s'obliger envers un tiers dans l'intérêt de son mari, ou pour s'obliger envers son mari lui-même?

Sur le premier point, la jurisprudence est fixée dans le sens que l'autorisation maritale est suffisante (1); mais les auteurs s'accordent, et leur doctrine est consacrée par quelques arrêts, à décider que l'autorisation maritale ne valide pas l'obligation de la femme envers le mari (2). Ils se fondent, pour décider ainsi, sur la maxime : *Nemo potest esse auctor in rem suam.*

Dans cette circonstance encore, la sagesse des adages anciens se trouve en défaut.

En effet, s'il est vrai, comme on n'en peut douter, que ce soit uniquement afin d'assurer la puissance maritale que l'autorisation maritale ou de justice est exigée, comment prétendre que le but de la loi n'est pas atteint quand le mari autorise expressément la femme à s'obliger envers lui, ou quand il est partie stipulante dans l'acte?

La maxime citée ne peut évidemment s'appliquer qu'aux relations des mineurs ou des interdits avec leur tuteur.

Un arrêt de la Cour de Caen a décidé (3) que le mari qui tire une traite sur sa femme, l'autorise suffi-

(1) Cass., 13 oct. 1812.—Colmar, 8 déc. 1812; *J. du P.*, 1812, p. 745 et 871. — Cass., 8 nov. 1814; *J. du P.*, 1814, p. 442.

(2) Duranton, t. II, n° 473. — Vazeille, t. II, n°s 306 et 354. — Besançon, 27 janv. 1807; *J. du P.*, 1807, p. 649.

(3) Caen, 2 août 1814; *J. du P.*, 1814, p. 315.

samment à accepter. Aucune contestation ne s'est élevée, que nous sachions, à l'encontre de cette décision. Or, ce qui est accordé quand l'obligation se produit sous la forme d'une lettre de change, ne peut raisonnablement être contesté quand l'obligation résulte de tout autre acte.

153. — Il est néanmoins quelques circonstances où l'autorisation du mari ne vaut pas pour habiliter la femme : ainsi lorsqu'il s'agit de former une demande en séparation de biens ou en séparation de corps. La raison de cette exception, c'est que la séparation de corps ou de biens seulement ne peut résulter du seul consentement des époux, qu'elle est nécessairement soumise au contrôle de la justice.

154. — Mais de ce que la demande en séparation de biens ne peut être formée sans l'autorisation de la justice, faut-il conclure avec la Cour de cassation (1) que la femme ne peut se désister de sa demande avec la seule autorisation du mari ?

Nous n'hésitons pas à repondre négativement, car les motifs d'ordre public qui veulent que la demande en séparation ne puisse être intentée qu'avec l'autorisation de la justice n'existent pas lorsqu'il s'agit de se désister de cette plainte.

Pourrait-on d'ailleurs accepter le résultat étrange auquel cette doctrine conduirait s'il arrivait que la justice refusât d'autoriser la femme à se désister? Dans ce cas, et suivant le système de la Cour de cassation, la femme serait donc obligée de rester en instance malgré

(1) Cass., 14 fév. 1810; *J. du P.*, 1810, p. 104.

elle jusqu'au moment où la péremption d'instance viendrait la délivrer de cette déplorable position.

155. — L'inaliénabilité de l'immeuble dotal étant réputée d'ordre public, l'autorisation du mari ne peut remplacer l'autorisation de justice dans les cas prévus par les art. 1559 et 1560 du Code civil.

156. — On pourrait penser, d'après la rédaction de l'art. 1427 du Code civil, que la femme ne peut s'obliger qu'avec l'autorisation de justice pour tirer son mari de prison; mais, pour être sainement entendu, cet art. 1427 doit être combiné avec l'article qui le précède immédiatement, et qui porte que la femme ne peut engager les biens de la communauté, lorsqu'elle s'oblige même avec l'autorisation de justice, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique. Or, l'art. 1427 n'a d'autre but que de déroger à cette règle, et d'établir que la femme peut, avec la seule autorisation de justice et même malgré la volonté contraire du mari, engager les biens de la communauté pour tirer le mari de prison.

C'est donc seulement par suite d'une erreur de rédaction, et parce qu'il est parlé de la faculté qui appartient à la femme de s'obliger pour tirer le mari de prison dans la même phrase où il est question de la faculté qui lui est accordée d'engager les biens de la communauté dans le même but, qu'il semble que l'autorisation de justice est indispensable dans les deux cas (1).

(1) Cass., 8 nov. 1814; *J. du P.*, 1814, p. 442.

Différence entre les effets de l'autorisation judiciaire et les effets de l'autorisation maritale.

157. — Considérée par rapport à ses effets envers le mari, l'autorisation maritale diffère essentiellement de l'autorisation de justice, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

Les dettes que la femme contracte avec l'autorisation du mari tombent à la charge de la communauté, et sont, comme toutes les dettes de la communauté, exécutoires sur les biens du mari, tandis que les dettes contractées avec l'autorisation de justice ne sont exécutoires que sur la nue propriété des immeubles de la femme (1).

Le paiement des dettes dépendant d'une succession purement immobilière échue à la femme, peut, lorsque la femme accepte la succession du consentement de son mari, être poursuivi même sur l'usufruit des biens de la femme, quoique cet usufruit fasse partie de la communauté, tandis que le paiement de ces dettes ne peut être poursuivi que sur la nue propriété des biens de la femme, et sur les biens de la succession elle-même, si la succession est acceptée avec l'autorisation de justice (art. 1413, C. civ.).

158.—Ces effets de l'autorisation maritale, provenant uniquement de ce que les obligations contractées par la femme avec l'autorisation du mari sont à la charge de la communauté, ne peuvent être appliqués qu'au régime de la communauté. Proudhon, se fondant sur l'art. 1555 du Code civil, a soutenu (2) que, lorsque les

(1) Art. 1409, §. 2; 1419, §. 2, et 1410, §. 2.

(2) *Usufruit*, n° 1719.

époux sont mariés sous le régime dotal, les obligations contractées par la femme avec l'autorisation du mari sont exécutoires sur l'usufruit des biens dotaux; mais l'art. 1555 n'autorise pas cette décision; il est tout spécial au cas qu'il prévoit, car le mari qui, à raison de l'autorisation qu'il donne, est présumé s'associer aux libéralités de sa femme envers les enfants d'un premier lit, ne doit pas être réputé vouloir supporter sur ses propres les conséquences des obligations de sa femme, quoiqu'il l'autorise à les contracter.

159. — Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si l'autorisation donnée par le mari à sa femme pour ester en jugement le rend personnellement responsable des dépens (1).

On a proposé une distinction d'après laquelle le mari serait responsable lorsqu'il aurait intérêt au procès, et ne serait pas responsable lorsqu'il n'y aurait pas intérêt.

Il nous semble qu'il n'y a d'autre distinction à faire que celle qui est tirée du régime sous lequel les époux sont mariés. — Lorsque la femme est mariée sous le régime de la communauté et que le mari l'autorise à plaider, les dettes qui sont la conséquence du procès sont à la charge de la communauté; comme les dettes qui résultent d'un contrat passé par la femme avec l'autorisation du mari (art. 1419, C. civ.), le mari se trouve obligé de les acquitter sur ses propres biens. Mais sous tout autre régime, et lors même qu'il a

(1) Voir les indications contenues au *Journal du Palais*, sous l'arrêt de Montpellier, à la date du 10 floréal an XIII. — *J. du P.*, an XIII, p. 513.



intérêt au procès, le mari n'est pas tenu des dépens, car on n'est tenu des dépens d'un procès qu'autant qu'on y a été partie; or, on n'est pas partie à un procès pour y avoir intérêt, et l'on ne devient pas partie à un acte par cela seul qu'on l'autorise.

Formes de l'autorisation maritale.

160. — L'autorisation maritale pour contracter résulte ou du concours du mari dans l'acte passé par la femme, ou de son consentement donné séparément par écrit (art. 217, C. civ.).

161. — L'acte séparé qui constate l'autorisation du mari peut être sous seing privé lors même que l'acte, à raison duquel l'autorisation est donnée, doit être passé en forme authentique.

En effet, l'autorisation maritale n'est pas un élément constitutif des actes pour la validité desquels elle est donnée.

162. — L'autorisation du mari n'a pas besoin d'être explicite, il suffit qu'elle soit implicitement donnée. Ainsi, le mari qui se porte fort pour sa femme l'autorise suffisamment à passer les actes pour lesquels il se porte fort.

163. — Il y a concours du mari dans l'acte, lorsque le mari et la femme s'obligent solidairement et conjointement par le même acte (1), ou même lorsque sans s'obliger le mari intervient dans l'acte pour approuver l'engagement que prend sa femme (2).

Une simple signature mise au pied de l'acte par le

(1) Rouen, 14 novembre 1828. — D., p. 30, 2, 158. — Cass., 8 avril 1829. — D., p. 29, 1, 213.

(2) Turin, 17 déc. 1810; *J. du P.*, 1810, p. 710.

mari constitue une approbation suffisante et une intervention dans l'acte. Mais alors s'élève la question de savoir si cette signature n'a pas été apposée postérieurement à la confection de l'acte, et pour valider après coup un acte qui dans l'origine aurait été sujet à rescision (1).

Pareillement il y a concours du mari dans l'acte toutes les fois que le mari est partie promettante dans l'acte par lequel la femme devient créancière, ou partie stipulante dans l'acte par lequel la femme s'oblige. Ainsi, il y a autorisation valable quand le mari accepte une traite tirée sur lui par sa femme (2), ou quand la femme accepte une traite tirée sur elle par son mari (3).

Mais la femme ne peut, sans autorisation de son mari ou sans le concours du mari dans l'acte d'endossement ou dans la déclaration de caution, endosser ou cautionner une traite souscrite par le mari lui-même. En effet, le mari n'est pas partie dans l'acte d'endossement ou de cautionnement par cela seul que cet acte a pour objet une traite signée par lui (4).

---

(1) Voir *suprà*, nº 137, relativement à la preuve de la date de l'autorisation.

(2) *Contrà*, Paris, 12 janv. 1815. — D. A., 10, 137.

(3) Caen, 2 août 1814. — S., 14, 2, 309. — Paris, 2 février 1830. — S., 30, 2, 173.

(4) Nîmes, 2 février 1810. — D. A., 10, 356.

La Cour de Riom n'a pas dérogé à ces principes en validant, par arrêt du 23 janvier 1829 (D., p. 32, 2, 99), un bon pour aval apposé par une femme au bas d'une lettre de change, encore que l'autorisation ne s'y trouvât pas mentionnée; puisque cette Cour ne se décida que parce qu'il apparaissait des circonstances de la cause, notamment de la similitude de l'encre, que l'aval avait

164. — Le concours du mari dans l'acte a, quant à la validité de cet acte, le même effet que le consentement donné par acte séparé. Mais ce concours du mari dans l'acte, constituant à la fois *présence et consentement,* engage, au cas de l'art. 1450 du Code civil, la responsabilité du mari (1).

165. — De ce que l'autorisation du mari n'est qu'une simple approbation de ce qui se fait ou de ce qui se fera, il suit qu'il n'est pas besoin que la femme déclare expressément qu'elle agit en vertu de l'autorisation de son mari. Toullier enseigne le contraire (t. II. n° 647) en s'appuyant à tort sur l'ancienne jurisprudence qui exigeait l'autorisation, non comme une approbation, mais comme une formalité essentielle.

Réciproquement, l'énonciation dans un acte que la femme est dûment autorisée ne met pas cet acte à l'abri de la rescision pour défaut d'autorisation (2).

166. — L'autorisation maritale pour habiliter la femme à ester en jugement peut, comme l'autorisation à l'effet d'autoriser la femme à contracter, être donnée par acte séparé ou résulter du concours du mari dans

---

été donné en même temps que la lettre de change avait été créée; ce qui indique que si la simultanéité de ces deux actes n'avait rendu le mari partie à l'un ainsi qu'à l'autre, la Cour aurait statué différemment.

(1) Suivant des décisions judiciaires assez nombreuses, la simple autorisation de vendre un immeuble rend le mari responsable du défaut de remploi. Mais on doit refuser de se rallier à cette jurisprudence qui est en opposition avec les termes de l'art. 1450 du Code civil. C'est ce qu'a fait la Cour de Bordeaux, arrêt du 30 mai 1816. — D. A., 10, 148.

(2) Cass., 5 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 205.

l'instance. Le concours du mari dans l'instance emporte si nécessairement autorisation que dans ce cas il n'est pas besoin que le jugement exprime formellement que la femme a été autorisée (1).

167. — L'autorisation est valablement donnée par la déclaration affirmative du mari consignée dans la sommation faite par huissier au mari d'avoir à autoriser sa femme, ou même par une semblable déclaration faite dans l'exploit introductif d'instance qui a été signifié au mari et à la femme.

168. — Le concours du mari dans l'acte introductif d'instance constitue autorisation suffisante. Ainsi, la femme est valablement autorisée quand les significations sont faites à sa requête et à celle du mari (2), et encore quand elles sont faites à la requête de la femme seulement, mais avec mention de l'autorisation.

169. — Mais il n'y a pas autorisation par cela seul que le mari est partie dans l'instance où sa femme intervient, si l'action de la femme n'est pas dirigée contre le mari (3).

Il convient de faire remarquer que ce n'est pas la mise en cause du mari, mais bien son concours dans l'instance, qui constitue l'autorisation. Dans le cas, par exemple, où les poursuites sont dirigées tant con-

(1) Cass., 22 avril 1828. — S., 28, 1, 208.

(2) Il n'importe même que le mari et la femme aient des intérêts distincts. — Cass., 10 juillet 1811. — D. A., 10, 127.

(3) La Cour de Bordeaux a consacré cette doctrine en décidant qu'une femme ne peut sans autorisation demander la distraction des immeubles compris dans une expropriation poursuivie contre le mari. — Bordeaux, 3 août 1810. — D. A., 10, 127.

tre le mari que contre la femme, si le mari fait défaut et si la femme comparaît, celle-ci n'est pas autorisée (1).

170. — Lorsque le procès est engagé entre les deux époux et que la femme est défenderesse, il est évident que la femme est suffisamment autorisée par la demande dirigée contre elle, car le mari ne peut prétendre qu'il n'entend pas que sa femme défende à l'action qu'il intente contre elle.

Lorsque au contraire la femme est demanderesse, le mari peut opposer le défaut d'autorisation; mais il doit l'opposer dès le début de l'instance; car, en défendant au fond, il donne à l'action de la femme une approbation tacite sur laquelle il ne peut revenir (2).

171. — En exigeant que l'autorisation résulte du concours du mari dans l'acte ou de son consentement par écrit, la loi entend évidemment proscrire la preuve testimoniale de l'autorisation.

Cette prohibition de la preuve testimoniale n'est cependant pas si absolue qu'elle s'oppose à ce qu'il soit fait, à l'égard de la preuve de l'autorisation maritale, application des exceptions apportées à la nécessité de la preuve écrite, lorsqu'il s'agit de la preuve de l'obligation elle-même. On ne pourrait raisonnablement soutenir, par exemple, que les parties dussent apporter la preuve écrite de l'autorisation du mari au cas

(1) Cass., 18 novembre 1828. — S., 29, 1, 240.

(2) Cass., 29 mars 1808. — S., 8, 1, 526. — Nancy, 24 avril 1811. — S., 12, 2, 443. — Colmar, 14 janvier 1810. — S., 12, 2, 442.

La jurisprudence est constante sur ce point. (V. D. A., 10, 126 et S.)

d'une obligation inférieure à 150 fr., quand, pour éviter aux parties qui ne savent écrire de faire pour une somme si modique les frais d'un acte notarié, la loi permet de prouver par témoins l'obligation elle-même. Il serait également déraisonnable de prétendre que le commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de l'obligation, ne suffit pas pour faire admettre la preuve testimoniale de l'autorisation.

Formes de l'autorisation judiciaire.

172. — La femme qui veut se faire autoriser par justice à ester en jugement, doit préalablement faire constater le refus de son mari, au moyen d'une sommation (1).

173. — Le refus du mari d'autoriser sa femme étant constaté, celle-ci doit présenter requête au président, afin d'obtenir une ordonnance portant permission de faire citer le mari.

Le président ne peut refuser de rendre cette ordonnance; autrement il se constituerait juge du mérite de la demande formée par la femme, mérite que le tribunal a seul pouvoir d'apprécier.

L'ordonnance n'est donc qu'indicative du jour où il sera statué sur la demande de la femme.

174. — Le mari est cité à comparaître dans la chambre du conseil afin de déduire les causes de son refus.

Il est important de bien remarquer que la nécessité de citer le mari à comparaître pour déduire les causes de son refus ne donne pas à la demande d'autorisation

---

(1) Aix, 9 janvier 1810. — D. A., 10, 145.

par justice le caractère d'une instance engagée entre la femme et le mari. Il serait absurde, en effet, d'exiger que la femme qui veut contracter avec un tiers ou ester en justice intente préalablement une action contre son mari.

L'audition du mari dans la chambre du conseil est donc un acte d'instruction, et rien de plus; la décision qui accorde ou refuse l'autorisation demandée est donc un acte de juridiction gracieuse.

De là plusieurs conséquences importantes :

1°. La femme n'est pas obligée de constituer avoué (1).

2°. Le mari ne peut prendre des conclusions afin que la demande de sa femme soit rejetée; par conséquent il ne peut constituer avoué. Un de ces officiers ministériels pourrait sans doute assister le mari (2); mais ce serait comme conseil, et non comme avoué constitué.

3°. La femme n'est pas obligée à se faire autoriser par son mari ou par justice pour ester dans le jugement qui prononcera sur sa demande à fin d'autorisation (3).

4°. Le jugement qui statue sur la demande à fin d'autorisation doit être rendu en la chambre du conseil (4).

5°. Le mari qui n'aura pas paru en la chambre du conseil ne peut former opposition.

6°. Le mari ne peut, en aucun cas, interjeter appel (5).

---

(1) Dans ce sens, CARRÉ, n° 2022. — THOMINES, t. II, p. 467. — DEMIAU, p. 539.

(2) Pau, 30 juin 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 103.

(3) Aix, 27 août 1827. — S., 28, 2, 25.

(4) *Sic*, MERLIN, *Répertoire*, v° *Autorisation maritale*. — Riom, 29 janvier 1829. — S., 29, 2, 342. — *Contrà*, Nîmes, 9 janvier 1828. — D., p. 28, 2, 161.

(5) On a prétendu, mais à tort, que cette dernière conséquence

175.—Au cas d'appel par la femme, les formes suivies en première instance doivent être suivies devant la Cour. Néanmoins le mari ne doit pas nécessairement être entendu devant la Cour afin de faire connaître aux magistrats les causes de son refus; car il est de principe que les actes d'instruction faits devant les juges du premier degré ne doivent être renouvelés devant les juges souverains que lorsqu'il en est besoin pour éclairer le procès.

176. — Les motifs qui veulent qu'en première instance l'instruction et les débats aient lieu dans la chambre du conseil exigent également qu'en appel l'instruction ait lieu et l'arrêt soit rendu dans la chambre du conseil, et non en audience publique.

Cependant, la Cour de cassation, dans l'arrêt de 1826 précité (1), et après elle la Cour de Nîmes (2), ont décidé qu'en appel l'affaire doit être jugée publiquement, et non en la chambre du conseil comme en première instance.

---

vient échoner contre l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation rendu à la date du 23 août 1826 (*J. du P.*, 1826, p. 835). Le ponrvoi rejeté par cet arrêt était fondé sur deux moyens de cassation tirés, l'un de ce que le jugement de première instance n'avait pas été rendu publiquement, l'autre de ce qu'en appel les débats avaient été publics. Par conséquent, la Cour de cassation n'avait pas même été saisie de la qnestion de savoir si le mari peut interjeter appel. Nous faisons remarquer en outre que la fin de non-recevoir, déduite de ce que le mari ne peut appeler, n'ayant pas été proposée devant la Cour royale, la Cour de cassation aurait dû encore rejeter le pourvoi, lors même qn'il aurait été fondé sur ce troisième moyen.

(1) Voir note 5, page 100.

(2) Nîmes, 18 janvier 1830. — D., p. 30, 2, 128.

La Cour de Nîmes fonde sa décision sur l'art. 461 du Code de procédure. Il est difficile d'abuser des termes de la loi et de fausser son sens d'une manière plus grave. Que décide, en effet, l'art. 461? — Que si une instruction par écrit a eu lieu en première instance, l'affaire ne sera instruite par écrit en appel que si la Cour l'ordonne. Et c'est de cette disposition que l'on conclut que si une affaire est jugée en la chambre du conseil en première instance, elle doit, devant la Cour, être jugée en audience publique!

La méprise est évidente. Une instruction dans la chambre du conseil et une instruction par écrit, une instruction orale et une instruction faite à l'audience publique ne sont assurément pas la même chose. Il n'est personne qui ne se rende compte du motif pour lequel l'instruction peut être orale en appel, quoique devant les premiers juges elle ait été faite par écrit; tandis qu'on ne comprendrait pas pour quel motif le secret, qui en première instance avait couvert les débats, ne serait pas respecté devant les juges d'appel.

177. — Lorsque la femme est défenderesse, tout tribunal saisi de la contestation, fût-il même un tribunal de commerce, est compétent pour donner l'autorisation (1).

Lorsque au contraire la femme est demanderesse, elle doit, par application de l'art. 219 du Code civil, porter devant le tribunal du domicile de son mari sa demande à fin d'autorisation (2).

---

(1) Cass., 17 août 1813; *J. du P.*, 1813, p. 646. — Carré, t. III, n° 2909.

(2) Toullier, t. II, n° 649.

178. — Le tribunal qui est saisi incidemment de la demande à fin d'autorisation ne peut autoriser la femme qu'à ester dans l'instance engagée. Le droit d'autoriser la femme à poursuivre son action devant tous les degrés de juridiction n'appartient qu'au tribunal qui est directement saisi de la demande à fin d'autorisation (1).

179. — Le juge de paix est compétent pour donner l'autorisation à la femme défenderesse qui est citée devant lui en matière contentieuse. Mais il n'est pas compétent pour autoriser à ester en conciliation la femme qui est appelée devant lui; car la conciliation est un acte préliminaire de l'instance qui est portée devant les tribunaux civils, et non une instance particulière.

D'ailleurs, si la femme est autorisée à ester dans l'instance engagée devant les tribunaux civils, la conciliation qui se rattache à cette instance se trouve nécessairement régularisée; — si la femme n'est pas autorisée à ester dans cette instance, l'autorisation donnée en conciliation demeure sans effet. Par conséquent, l'autorisation donnée en conciliation est inutile dans toute hypothèse.

180. — A plus forte raison, le juge de paix ne peut-il autoriser la femme qui comparait en conciliation à transiger ou à compromettre, car la transaction et le compromis sont des contrats; et le tribunal de première instance du domicile du mari est le seul qui puisse, à défaut du mari, donner à la femme l'autorisation de contracter (art. 219, C. civ.) (2).

181. — Nous devons faire remarquer, en terminant

(1) Cass., 5 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 205.

(2) Montpellier, 17 juillet 1827; *J. du P.*, 1827, p. 628.

sur ce point, que l'autorisation de justice doit être expresse; que la femme, par conséquent, n'est pas suffisamment autorisée par cela seul que le tribunal a statué sur le fond du procès (1).

182. — Lorsque la femme veut se faire autoriser à contracter, les formes sont différentes de celles qui sont prescrites lorsqu'il s'agit d'autorisation afin d'ester en justice, en ce qu'il n'est pas besoin de faire préalablement constater le refus du mari par une sommation. La femme peut, aux termes de l'art. 219 du Code civil, faire citer son mari directement devant la chambre du conseil

Cette différence dans la manière de procéder ne s'explique qu'à raison de la nécessité d'une rapidité plus grande lorsqu'il s'agit de contracter, que lorsqu'il s'agit d'intenter une action en justice.

183. — Dans le cas où la femme veut poursuivre sa séparation de corps, ou de biens seulement, ou l'interdiction de son mari, les formalités prescrites par l'article 861 et suiv. du Code de procédure doivent être suppléées par les formalités spéciales à ces sortes de demandes, formalités qui se trouvent suffisamment détaillées aux art. 865 et suiv., 878 et suiv., 890 et suiv., du Code de procédure.

184. — Au cas d'absence déclarée ou d'interdiction du mari, la femme doit présenter à la justice une expédition du jugement de déclaration d'absence ou d'interdiction. La présentation de cet acte la dispense de faire constater le refus de son mari et d'appeler le mari en la chambre du conseil.

(1) Turin, 20 messidor an XIII. — D. A., 10, 146.

185. — Si l'absence n'est que présumée, le tribunal doit s'assurer de la vérité de cette présomption d'absence et de l'urgence qu'il y a pour la femme à obtenir l'autorisation. Le président commet un juge chargé de faire un rapport sur ces points (art. 863, C. pr.).

Dans le cas où le mari est simplement non présent, la femme n'est pas dispensée de l'obligation de faire citer son mari pour déduire, s'il y a lieu, les motifs de son refus. Dans cette hypothèse, en effet, il faut appliquer les art. 219 du Code civil et 861 du Code de procédure, et non les art. 222 du Code civil et 863 du Code de procédure (1).

186. — Ces diverses formalités ne sont exigées que lorsque c'est la femme elle-même qui poursuit l'autorisation. Lorsque la femme est défenderesse, il suffit, pour que la procédure soit régulière, que le demandeur mette en cause le mari conjointement avec sa femme afin de la voir autoriser par justice, si lui-même refuse de lui donner l'autorisation d'ester en justice.

187. — Dans le cas où le mari est interdit, le demandeur doit appeler en justice le tuteur qui le représente.

188. — Un tiers qui désire contracter avec la femme, n'a pas qualité pour provoquer l'autorisation de justice à défaut de l'autorisation maritale, car ce droit n'appartient aux tiers que lorsque leurs droits sont compromis, mais non lorsque leurs intérêts sont lésés par le refus du mari d'autoriser sa femme.

(1) Cass., 15 mars 1837; *J. du P.*, t. I, p. 460.

CHAPITRE III.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ.

SOMMAIRE.

Droits respectifs des époux sur les biens de la communauté pendant sa durée. — Droits respectifs des époux sur les propres de la femme pendant la durée de la communauté. — De la femme qui a accepté la communauté; ses droits, ses obligations. — De la femme qui a renoncé à la communauté. — Des aliments dus à la femme pendant les délais pour faire inventaire et délibérer. — Du deuil de la veuve. — Du retrait d'indivision. — Du droit d'opter entre l'acceptation et la renonciation. — De la preuve des apports de la femme.

Droits respectifs des époux sur les biens de la communauté pendant sa durée.

189. — Tant que dure la communauté, la puissance active sur les biens communs entre les époux appartient exclusivement au mari.

En présence de cette puissance attribuée au mari, les droits de la femme s'effacent et semblent n'exister qu'à l'état latent. On ne peut donc apprécier leur nature, leur étendue, que si l'on détermine la nature et l'étendue des droits du mari.

Suivant la jurisprudence ancienne, le mari était seigneur et maître (art. 223, Coutume de Paris); suivant la loi nouvelle, le mari n'est qu'administrateur des biens de la communauté (art. 1421, C. civ.). Cette innovation du Code n'est rien moins qu'une rupture complète avec les doctrines anciennes.

Lorsque le mari est seul seigneur et maître des biens dits de la communauté, jusqu'au moment où ses droits expirent la communauté n'existe, à vrai dire, que de nom; elle n'est qu'un fantôme, pour emprunter

l'énergique expression de Toullier (1). Il n'y a en réalité qu'un propriétaire, le mari. Il n'y a ni société ni associés.

Ainsi l'avaient compris les anciens jurisconsultes, dont la doctrine se résumait dans cette double formule : *Communio est in habitu potiùs quàm in actu ; uxor non est socia, sed propè speratur fore.*

Mais, lorsque le mari n'est qu'administrateur des biens communs, qui pourrait être propriétaire de ces mêmes biens si ce n'est une personne morale, distincte de la personne des époux, une société enfin ?

Entre ces deux positions, voici la différence : Dans la première, le pouvoir du mari est sans limites, sans responsabilité. Le mari dispose des biens communs comme de ses biens personnels; il les peut donner, dissiper, détruire sans en être comptable; il les grève définitivement de toutes les obligations auxquelles il s'engage, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit; et l'on arrive à ce résultat bizarre, mais logique, à savoir que la communauté ne commence que lorsquelle se dissout, car ce n'est qu'au moment où cessent les pouvoirs absolus et exclusifs du mari, que les droits de la femme prennent naissance.

Dans la seconde hypothèse au contraire, le mari et la femme ont comme associés des droits égaux, contemporains. Le mari est, il est vrai, seul administrateur des biens de la société ; mais cette qualité d'administrateur, pour être réunie à celle d'associé, ne perd pas ses caractères essentiels.

En effet, les pouvoirs qu'elle confère sont restreints

(1) T. XII, n° 303.



dans des limites déterminées. Tout acte fait par le mari en dehors des limites du pouvoir qui lui est remis, n'oblige pas la société, quoique, par des motifs que nous déduirons ultérieurement, ces actes doivent être respectés pendant la durée de la communauté. Enfin, lorsque le mari, sans même excéder ses pouvoirs, commet des fautes, il en est responsable. Nous allons examiner avec quelques détails tous ces points importants.

190. — Le pouvoir d'administrer qui appartient au mari est fort étendu, mais non sans limites.

Le mari ne peut disposer des immeubles à titre gratuit (art. 1422, C. civ., §. 1). Il ne peut, par conséquent, ni les hypothéquer, ni les donner en antichrèse pour la dette d'autrui.

191. — Il n'a pas la faculté de disposer du mobilier à titre universel ou en s'en réservant l'usufruit.

Tous les auteurs ont critiqué cette dernière disposition. Le mari, ont-ils fait remarquer, ne peut disposer de la vingtième partie de son mobilier, et il lui est permis de l'épuiser complétement par des donations à titre particulier : quelle inconséquence !

Sans doute, l'inconséquence serait flagrante, s'il était vrai que le mari pût, sans engager sa responsabilité, épuiser tout son mobilier par des donations à titre particulier. Mais cela n'est pas, car si le mari donnait une partie importante de son mobilier, même à titre particulier, le mari commettrait une faute dont il serait responsable.

L'inconséquence signalée n'est pas l'œuvre du législateur ; elle n'est imputable qu'à ceux qui refusent d'admettre le principe de la responsabilité du mari,

quant aux fautes qu'il commet dans l'administration de ses biens.

Il est facile de se rendre compte du motif pour lequel la loi prohibe d'une manière absolue les donations à titre universel, tandis qu'elle permet les donations à titre particulier sous la seule garantie de la responsabilité du mari.

Toute donation à titre universel, quelque minime que soit la fraction pour laquelle elle est faite, nécessite un partage; dès lors, on ne peut en apercevoir les conséquences, puisqu'on ignore si elle ne devra pas s'exécuter sur les choses qu'il importe le plus aux époux de conserver.

Les donations à titre particulier, au contraire, ayant toujours un objet déterminé, ne présentent point cet inconvénient.

D'ailleurs, refuser au mari le droit de donner à titre particulier, c'eût été le mettre dans l'impossibilité d'accomplir des devoirs souvent fort légitimes ou de satisfaire à des convenances aussi impérieuses que des devoirs.

En permettant au mari de donner à titre particulier, la loi n'a donc fait que lui laisser une liberté dont elle ne pouvait le dépouiller.

192. — Toute prohibition de donner cesse lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants communs (art. 1421, §. 2). Le mari pourrait-il, en effet, disposer des biens communs d'une manière qui fût plus conforme à leur destination?

Quelques auteurs ont voulu restreindre cette faculté de donner, au cas d'établissement par mariage. Mais pourquoi cette restriction qui ne résulte pas du

texte? L'établissement ne précède-t-il pas souvent le mariage? l'établissement ne le facilite-t-il pas? L'établissement n'est-il pas quelquefois le seul moyen de rendre le mariage possible?

Pourquoi donc, enfin, le père ne pourrait-il avoir autant de liberté pour établir l'enfant que des circonstances fort légitimes (et on ne niera pas qu'il ne s'en rencontre quelquefois) éloignent du mariage?

Comment, d'ailleurs, ne pas comprendre combien il est utile et moral d'avancer le temps où le capital est livré à ceux qui ont en partage la force, l'intelligence, la jeunesse; combien il est utile et moral de seconder ces volontés bienveillantes par lesquelles les générations anciennes se rattachent aux générations qui les suivent, en se démettant, à leur profit, du produit de leurs travaux!

Une objection cependant est tirée de l'art. 1439 du Code civil, qui semble restreindre au cas d'établissement par mariage les termes plus généraux de l'art. 1431 du Code civil. Mais un regard jeté sur l'ancienne jurisprudence nous donne le secret de l'introduction dans le Code de cet art. 1439, et nous éclaire sur sa portée.

La doctrine ancienne n'imposait pas au mari l'obligation de fournir récompense à la communauté pour les donations par lui faites à des étrangers; cependant elle voulait que le mari fournît récompense à la communauté pour les sommes qu'il en avait tirées, afin d'établir les enfants communs.

La raison de cette différence, c'était qu'il y avait une maxime : *Ne dote qui ne veut*, tandis qu'il n'y avait pas de maxime : *Ne donne qui ne veut.*

Pothier prit parti pour le bon sens et se déclara

contre la maxime; mais ce ne fut qu'à grand' peine qu'il triompha, si même il triompha complétement.

C'est pour assurer le succès des doctrines de Pothier que le législateur a inséré dans le Code l'art. 1439. Rien assurément ne serait moins rationnel que de restreindre les pouvoirs du mari, en vertu d'une disposition qui est uniquement destinée à les préserver de restrictions injustes.

193. — Il est évident que tout acte d'aliénation que le mari fait en dehors du mandat qui lui est confié par la loi, ne porte pas atteinte aux droits de la communauté, son mandant. La communauté conserve donc la propriété des immeubles que le mari a donnés sans en avoir le droit. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

Mais ce qui nous paraît devoir être indiqué, c'est que l'aliénation, quoique illégitimement consentie, est nécessairement respectée par la femme pendant toute la durée de la communauté. En effet, l'action en revendication d'un immeuble de la communauté tombe elle-même dans la communauté : or, la femme n'a pas l'exercice des actions de la société.

Il en est de même dans toute autre société, à l'égard d'un associé qui n'a pas l'exercice des actions sociales. Il ne peut faire annuler les excès de pouvoir de l'associé gérant que lorsque, la société étant dissoute, il a recueilli sa part dans les choses et dans les droits qui composaient l'actif social.

194. — On admet généralement que toute obligation, dont le mari est tenu, soit par l'effet d'un contrat ou d'un quasi-contrat, soit même par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, fait partie de la masse pas-

sive de la communauté, dont la femme acceptante doit supporter une part, sauf récompense contre son mari, s'il y a lieu. Cette doctrine est-elle bien fondée? Est-il vrai que toutes les dettes du mari, quelle que soit leur source ou leur cause, soient à la charge de la communauté, avec ou sans récompense? Les dettes du mari ne se divisent-elles pas, au contraire, en deux classes, les unes étant à la charge de la communauté, avec ou sans récompense; les autres étant simplement exécutoires sur les biens de la communauté tant qu'elle dure?

Cette question est des plus graves. Nous ne pouvons ne pas la traiter avec quelques développements.

L'opinion accréditée, qui met toutes les dettes du mari à la charge de la communauté, n'est autre que celle qui était suivie sous l'empire de l'ancienne jurisprudence. Pothier enseignait (1) « que le mari étant, « pendant que le mariage et la communauté durent, « seul maître de cette communauté, ayant le droit « d'en disposer à son gré, tant pour sa part que pour « celle de sa femme, sans son consentement, même « de les perdre et de les dissiper, c'est une conséquence « que la communauté est tenue de toutes les dettes « qu'il contracte tant que durent le mariage et la « communauté. »

Pothier ajoute : « La femme, lorsque son mari con- « tracte, est censée contracter avec lui pour sa part « dans la communauté, sans qu'elle en ait rien reçu « et sans qu'elle puisse s'y opposer. »

Ainsi, si la communauté était, sous l'ancienne jurisprudence, tenue de toutes les dettes contractées par

---

(1) *De la Communauté*, n° 248.

le mari, cela venait 1°. de ce que le mari était propriétaire des biens de la communauté; 2°. de ce que le mari puisait, dans sa qualité de chef de la communauté le titre de mandataire, avec pouvoirs illimités pour ce qui concernait les intérêts communs.

Or, ni l'un ni l'autre de ces principes n'est en vigueur sous l'empire du Code civil. Car, aux termes de l'art. 1421 du Code civil, le mari est administrateur et non propriétaire des biens de la communauté, et il résulte de l'art. 1422 du Code civil, que les pouvoirs du mari, comme administrateur de la communauté, sont limités.

On ne niera pas que les conséquences ne puissent survivre à leurs principes. La question se réduit donc à savoir si les principes nouveaux produisent les mêmes conséquences que les principes anciens; si le mari tire de sa qualité d'administrateur les mêmes droits qu'il puisait dans sa qualité de propriétaire.

Amener la question à ce point, c'est la résoudre négativement. Cependant, M. Duranton a écrit : « En « sa qualité d'administrateur de la communauté, le « mari peut contracter seul, et sans le consentement « de sa femme, des obligations qui la chargent indéfi- « niment; son pouvoir, à cet égard, est illimité; il « peut s'obliger pour des tiers, sans que la commu- « nauté y ait intérêt; il peut la charger par ses délits, « par ses crimes...., etc. » (1).

Comment! le mari puise de tels pouvoirs dans sa qualité d'administrateur! Étrange position que la loi aurait faite à la communauté, et par suite à la femme!

---

(1) Duranton, t. XIV, n° 246.

Déplorable dérogation au principe qui veut que le mandant ne soit tenu des actes de son mandataire que lorsque celui-ci reste dans les limites de ses pouvoirs!

Le mari, dit-on, a des pouvoirs illimités. S'il en est ainsi, alors pourquoi proclamer que le mari n'est plus seigneur et maître de la communauté? Pourquoi combattre avec tant de vivacité ceux qui ont soutenu le contraire? (1)

Tant que le mari était réputé propriétaire de la communauté, on comprenait qu'il l'obligeât pour toutes ses dettes; mais la raison se refuse à admettre qu'un administrateur grève de toutes ses obligations personnelles les biens qu'il administre.

Il est vrai que l'art. 1401, §. 2, du Code civil décide que le passif de la communauté se compose de toutes les dettes contractées par le mari; mais que peut-on conclure de la formule générale de cet article, si les textes subséquents consacrent des exceptions qui justifient ce que nous venons d'avancer?

---

(1) Quoique Toullier ait enseigné que toutes les dettes contractées par le mari sont à la charge de la communauté, nous ne pouvons considérer ce grand jurisconsulte comme l'adversaire de la doctrine que nous soutenons. En effet, il s'exprime ainsi tome XII, n° 218 : « Ce droit d'obliger indéfiniment aux dettes qu'il con-« tracte, pour quelque cause que ce soit, tous les biens de la com-« munauté, même la part éventuelle de son épouse, est *incontes-« tablement fondé* dans son origine sur les dispositions de nos « coutumes qui lui donnaient la propriété pleine et entière de tous « les biens de cette même communauté dont elle le déclarait seul « et vrai propriétaire. »

On ne peut douter que Toullier, s'il n'eût pas cru que ces dispositions des coutumes avaient été reproduites par le Code, n'eût répudié les conséquences de ces dispositions.

Suivant l'art. 1425 du Code civil, les condamnations pour crimes emportant mort civile (et cette expression *condamnations* comprend les condamnations envers les particuliers aussi bien que les condamnations envers l'État) (1) ne frappent que la part du mari dans la communauté.

Or, les condamnations pour crime emportant mort civile liquident une obligation qui prend naissance dans le crime lui-même, ou tout au moins dans l'arrêt de condamnation, c'est-à-dire dans un fait dont l'accomplissement a lieu pendant la durée de la communauté; car la communauté n'est dissoute qu'au moment où la mort civile est encourue, et la mort civile n'est encourue que par l'exécution de l'arrêt. Il résulte donc de l'art. 1425 que les obligations qui ont pour cause un crime emportant mort civile ne sont pas à la charge de la communauté, qu'elles n'entrent pas dans la composition de la masse passive de la communauté, quoique ces obligations soient antérieures à la dissolution de la communauté.

Cette première exception à l'art. 1401, §. 2, est incontestable.

De ce que l'art. 1425 ne parle que de crimes qui emportent mort civile, faut-il conclure que l'exception qu'il pose ne s'applique pas aux autres crimes ou aux délits?

L'art. 1424 du Code civil fournit la réponse à cette

(1) Cela n'est pas contesté. On ne comprendrait pas en effet que la loi accordât plus de faveur à la poursuite des réparations civiles qu'à la poursuite des indemnités dues à l'État pour frais de justice.



question. Il porte que les amendes encourues par le mari, pour crime n'emportant pas mort civile, *ne peuvent se poursuivre* sur les biens de la communauté que sauf récompense.

Pourquoi, dans cet article, le législateur se sert-il de cette locution que jusqu'alors il n'avait pas employée : *ne peuvent se poursuivre?* Pourquoi l'art. 1424 n'est-il pas rédigé d'une manière qui soit en harmonie avec le texte de l'art. 1401, §. 2?

C'est évidemment parce qu'il n'en est pas des amendes comme des autres dettes contractées par le mari. Les amendes *peuvent se poursuivre*, les amendes *sont exécutoires* sur les biens de la communauté, tant que la communauté dure; mais quand la communauté est dissoute, les amendes ne frappent que la part du mari. L'art. 1424 rentre ainsi dans le système de l'art. 1425 : l'un statuant pour le cas où la poursuite des condamnations a lieu après la dissolution de la communauté; l'autre, conçu dans l'hypothèse où la poursuite a lieu pendant la durée de la communauté.

Dans l'art. 1424, il est vrai, il n'est question que des amendes; mais une irrésistible puissance d'analogie exige que cet article soit étendu à toutes espèces de condamnations. En effet, si, dans le cas de condamnation à une peine emportant mort civile, les condamnations au profit des particuliers sont, ainsi que les condamnations au profit de l'État, simplement exécutoires sur les biens de la communauté, n'est-il pas, au cas de crime n'emportant pas mort civile, logique de conclure de ce que les condamnations au profit de l'État sont simplement exécutoires sur les biens de la communauté, que les réparations civiles

aussi sont simplement exécutoires sur les biens de la communauté?

Il est impossible, d'ailleurs, que la loi ait entendu que les droits de l'État fussent plus restreints que ceux des particuliers; que les uns fussent à la charge de la communauté, les autres simplement exécutoires sur les biens de la communauté, alors que les uns et les autres sont la conséquence d'un même fait.

Il est donc certain qu'à l'égard des crimes et des délits commis par le mari, la loi n'a pas dérogé au principe suivant lequel le mandant n'est pas responsable des actes que le mandataire a faits en dehors de ses pouvoirs.

195. — Allons plus loin, et disons que ce principe demeure intact, quelle que soit la source des obligations du mari.

Nous ne voulons rien exagérer; aussi tenons-nous à reconnaître qu'en général, toutes les fois que le mari s'oblige par convention, il oblige la communauté; que la loi a voulu qu'il en soit ainsi dans l'intérêt du crédit du mari, et afin que les tiers n'aient pas à s'enquérir si le mari contracte dans son intérêt privé ou dans l'intérêt de la communauté. Mais à côté de la règle sont les exceptions, et, quelque rares qu'elles soient, il convient d'en tenir compte.

Le pouvoir du mari sur les biens de la communauté et sur les biens de sa femme a des limites nettement tracées par la loi; lorsque le mari les excède, il cesse d'être, même vis-à-vis des tiers avec qui il contracte, dans la position d'un administrateur, car chacun est réputé connaître la capacité de ceux avec qui il traite.

Lorsque, par exemple, le mari vend les immeubles de sa femme, la nature même de l'acte qu'il consent s'oppose à ce qu'il soit réputé avoir agi comme administrateur. Les conséquences de cet acte doivent donc retomber sur le mari seul. Les dommages-intérêts auxquels le tiers aura droit s'il est évincé, seront simplement exécutoires sur les biens de la communauté, et, après la dissolution, ils ne frapperont que la part du mari.

Si l'on ne décidait ainsi, on tomberait dans une contradiction flagrante. En effet, on ne peut refuser à la femme l'action en revendication de son immeuble aliéné. Si les dommages-intérêts dont le mari est tenu envers l'acheteur tombaient dans la communauté, la femme acceptante serait tenue de la moitié de ces dommages.

Or, comme celui qui est tenu des dommages-intérêts résultant de l'éviction ne peut évincer, la femme ne pourrait revendiquer que pour moitié.

Or, comme on ne peut revendiquer pour partie, la femme serait privée du droit de revendiquer. On serait donc nécessairement conduit à dénier à la femme une faculté qui lui appartient essentiellement.

En résumé, notre doctrine est celle-ci : En règle, toutes les dettes contractées par le mari sont à la charge de la communauté; par exception, les dettes contractées par le mari sont simplement exécutoires sur les biens de la communauté, lorsqu'elles prennent leurs sources dans des faits tels, que le mari ne peut les accomplir sans excéder ses pouvoirs d'administrateur.

196. — Après avoir combattu cette doctrine qui, selon nous du moins, accorde trop d'étendue aux droits

des créanciers du mari, nous sommes conduit à réfuter une opinion non moins accréditée, qui, sous un autre rapport, restreint à l'excès les droits de ces mêmes créanciers.

On refuse aux créanciers du mari le droit de saisir la jouissance des biens de la femme qui sont tombés en communauté.

A l'appui de ce refus, on donne ce double motif : 1°. le droit de jouissance du mari, comme chef de la communauté, sur les biens de sa femme, ne peut être assimilé au droit d'usufruit; 2°. cette jouissance est destinée à subvenir aux charges du mariage, ce qui lui donne un caractère alimentaire et la rend insaisissable.

Ni l'un ni l'autre de ces motifs ne nous semble bien sérieux.

Pour justifier le premier motif, on se borne à signaler, entre le droit de jouissance qui appartient au mari comme chef de la communauté, et le droit d'usufruit, deux différences, tirées, l'une de ce que cette jouissance est limitée à la durée de la communauté, l'autre de ce que l'art. 585 du Code civil n'est pas applicable au régime de la communauté (1).

Or, la première de ces différences prétendues n'est qu'une similitude, car la jouissance des biens de la femme appartient, non au mari, mais bien à la communauté; il est donc conforme aux principes de l'usufruit, que la jouissance cesse quand la communauté se dissout.

La seconde différence signalée est réelle; mais ses effets ne se manifestent qu'à la cessation de la jouis-

(1) Toullier, t. XII, n° 402.



sance, et elle n'est pas assez essentielle pour faire que ce droit de jouissance soit d'une autre nature que le droit d'usufruit. Ce qui le prouve, c'est que, quoique les biens dotaux ne se partagent pas pour la dernière année, suivant les règles de l'usufruit, le mari est considéré comme usufruitier de ces biens.

Quant à l'argument tiré de ce que les produits des biens de la femme sont destinés à soutenir les charges du mariage, il est évidemment mal fondé, car, sous le régime de la communauté, les biens de la femme ne sont, pas plus spécialement que les biens du mari, destinés à soutenir les charges du mariage; or, on n'a jamais prétendu, et l'on ne peut prétendre que les fruits et revenus qui tombent dans la communauté du chef du mari soient insaisissables.

197. — Nous avons avancé que le mari était responsable des fautes qu'il commettait dans l'administration de la communauté; justifions notre assertion.

L'art. 1382 du Code civil pose le principe de la responsabilité au cas de faute. Ce principe est d'une équité si universelle, qu'il doit trouver son application en toute matière, dans le silence même de la loi.

Le chef de la communauté est-il affranchi de la loi commune? Nous ne voyons pas à quel titre il pourrait l'être. Serait-ce à titre d'administrateur ou de mandataire? Non; car, aux termes de l'art. 1992 du Code civil, le mandataire est responsable des fautes qu'il commet. — Serait-ce à titre d'associé? Non, encore; car, aux termes de l'art. 1850 du Code civil, l'associé est responsable comme le simple mandataire. — Au point de vue de cette double qualité, le chef de la communauté est donc responsable; et ce n'est pas

seulement la raison, c'est encore la loi qui veut qu'il en soit ainsi.

Ce n'est donc que de la qualité de mari que peut dériver l'irresponsabilité. La doctrine que nous réfutons repose donc sur ce principe unique, à savoir, que c'est dans sa qualité de mari que le chef de la communauté puise le pouvoir de dissiper, perdre, détruire à son gré les biens qui sont communs entre lui et sa femme. Or, nous ne craignons pas de le dire, on n'eût jamais énoncé cette doctrine si on n'eût pas cru trouver un point d'appui dans la jurisprudence ancienne. .

Or, l'erreur est flagrante. Jamais les jurisconsultes anciens n'ont eu la pensée que la faculté de perdre et de dissiper, que l'irresponsabilité fût une conséquence de la qualité de mari. Suivant eux, le mari était irresponsable parce qu'il était propriétaire. Le droit d'abuser sortait du droit de propriété lui-même, et non du titre de mari.

Quand le Code a substitué à la qualité de maître de la communauté, qui était donnée au mari, la qualité d'administrateur, il a donc, par cela seul, substitué la responsabilité à l'irresponsabilité; et il a suffi que la loi nouvelle ne déclarât pas, ainsi que le faisaient les coutumes, que le mari peut dissiper, perdre ou détruire les biens de la communauté sans être comptable, pour que les principes d'équité reprissent leur empire.

Qu'on veuille bien le remarquer, d'ailleurs : le mari est responsable des fautes qu'il commet dans l'administration des biens de sa femme; la qualité de mari n'ajoute donc rien, dans ce cas, à la qualité d'adminis-

trateur. Pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit des biens de la communauté, puisque la position du mari à l'égard des biens de la communauté ne diffère de celle qu'il a à l'égard des biens de la femme, que parce qu'il a de plus la qualité d'associé, et que cette qualité d'associé, lorsqu'elle s'unit à celle d'administrateur, ne modifie pas le principe de la responsabilité?

Enfin, nous avons déjà signalé, à propos de la défense faite au mari de donner du mobilier à titre universel, et de la liberté qui lui est laissée de donner à titre particulier, les résultats auxquels on serait conduit si le mari n'était responsable des actes de mauvaise administration, résultats si étranges, que le législateur n'a certainement pas voulu les consacrer.

A cette observation nous pouvons en joindre une autre qui n'est pas moins concluante.

Suivant l'art. 1469 du Code civil, le mari doit à la communauté récompense des sommes qu'il en a tirées pour doter un enfant du premier lit. Sur la foi du principe que le mari peut dissiper ou donner les biens de la communauté sans en être comptable, on a décidé que le mari ne doit pas récompense des sommes qu'il tire de la communauté pour doter un étranger, sa nièce, par exemple (1).

La raison s'unit à la loi pour repousser une pareille décision. Or, quand les conséquences logiquement déduites sont inacceptables, le principe est irrévocablement condamné.

Le mari est donc responsable des fautes qu'il commet

(1) Duranton, t. XIV, n° 287.

dans l'administration de la communauté. Pour ce qui est de l'étendue de cette responsabilité, nous renvoyons aux explications que nous donnons aux nos 219 et suivants.

198. — Nous omettrons de traiter des divers actes conservatoires que le mari est, comme tout administrateur, obligé d'accomplir. Nous voulons seulement mentionner ici l'obligation qui lui est imposée de faire inventaire des biens qui sont échus pendant la communauté, soit à lui, soit à sa femme, par donation ou par succession, nous réservant de déduire au chapitre de la preuve des apports les conséquences de l'inaccomplissement de cette obligation (art. 1414 et 1415, C. civ.).

199. — Jusqu'ici nous n'avons fait connaître la position de la femme qu'en déterminant les limites des droits du mari; nous avons déjà dit pourquoi cette méthode nous était imposée. Nous devons maintenant signaler deux circonstances où la femme apparaît douée du pouvoir de disposer que jusqu'ici nous avons vu être exclusivement attribué au mari.

Il résulte de l'art. 1427 du Code civil que la femme ne peut, en aucun cas, engager les biens de la communauté sans l'autorisation de la justice, mais qu'elle peut, avec cette autorisation, les engager, 1°. pour tirer le mari de prison, et cela malgré la volonté contraire du mari; car, d'une part, si le mari consentait à ce que les biens de la communauté fussent engagés, il serait censé les engager lui-même, et, d'autre part, l'autorisation de justice peut toujours être donnée malgré l'opposition du mari; 2°. pour l'établissement des enfants communs; mais la femme n'a ce dernier pouvoir qu'en cas d'absence du mari.

200. — On pourrait croire, d'après la rédaction de l'article que nous venons de citer, que ce n'est que par forme d'exemple que la loi, en accordant à la femme le droit d'engager les biens de la communauté, a spécifié le cas où il s'agit de tirer le mari de prison; que le même droit appartient à la femme dans tous les cas de nécessité.

Quelque favorable que soit cette opinion, nous ne croyons pas qu'elle puisse être admise.

En effet, l'art. 1427 étant tout exceptionnel, si l'on ne respectait pas scrupuleusement ses termes, on ne saurait quelles limites lui assigner, et il est impossible de laisser à la femme, même en la soumettant à l'obligation de se faire autoriser par justice, un pouvoir discrétionnaire pour engager les biens de la communauté.

Nous pensons donc que la femme ne peut engager les biens de la communauté, ni pour empêcher son mari d'être incarcéré, ni pour se tirer elle-même de prison. Mais si le mari refusait sans motifs légitimes de tirer sa femme de prison, celle-ci aurait incontestablement le droit de demander sa séparation de biens. En effet, si la femme obtient sa séparation de biens lorsque sa dot est en péril, à plus forte raison peut-elle l'obtenir lorsqu'il s'agit de se mettre à même par ce moyen de recouvrer sa liberté. Nous pensons même que si les biens qu'elle recouvre par suite de sa séparation sont insuffisants pour la tirer de prison, elle a droit d'obtenir que son mari, qui lui doit assistance, soit condamné à payer la portion des dettes qu'elle ne peut acquitter.

Cette dernière opinion n'a jamais été émise, que nous

sachions. Nous ne la croyons cependant pas susceptible de controverse. En effet, si un époux doit des aliments à son conjoint, qui se trouve dans le besoin, ne doit-il pas également faire recouvrer la liberté à son conjoint incarcéré?

Il est vrai que sans aliments on ne peut vivre, et qu'on ne meurt pas pour être en prison. Triste objection que celle-là! si jamais elle était faite, car elle supposerait que l'assistance que se doivent les époux ne s'étend pas au delà de l'obligation d'empêcher que l'un d'eux ne meure de faim ou soit réduit à vivre de la charité publique!

Cette décision, toutefois, est subordonnée à l'appréciation de la cause de la dette pour laquelle la femme a été incarcérée et des ressources de la communauté.

201. — La femme oblige la communauté toutes les fois qu'elle contracte avec le consentement de son mari (art. 1419-1409, §. 2, C. civ.).

Cette disposition fort générale, qui ne souffre exception qu'au cas où il s'agit d'acceptation de succession immobilière échue à la femme, concourt avec l'art. 1425 à prouver que si la femme est placée sous la dépendance de son mari, elle n'est cependant pas destituée de tous droits à l'égard des biens de la communauté.

Mais, à part cette exception et celles qui sont prévues par l'art. 1427, la femme ne peut engager les biens de la communauté.

202. — Pour assurer l'effet de cette prohibition, la loi veut que les obligations portant date antérieure au mariage ne puissent être exécutées sur les biens de

la communauté qu'autant que ces obligations ont date certaine antérieure au mariage (art. 1410, C. civ.).

Cette disposition n'a pas été acceptée dans toute sa rigueur par la jurisprudence, et elle ne pouvait l'être. En effet, appliquée strictement, elle aurait, dans l'intérêt des prérogatives du pouvoir marital, placé les femmes non mariées dans l'obligation de faire enregistrer leurs conventions, ce qui eût été une gêne sans compensation pour un certain nombre d'entre elles. La jurisprudence a décidé que l'art. 1410 n'avait d'autre effet que d'obliger le juge à se prononcer sur la sincérité de la date, et le créancier à prouver la sincérité de cette date, quoique la dette n'eût pas date certaine (1).

Si le mari est condamné à payer ou s'il paie volontairement une dette qui a date non certaine, mais cependant antérieure au mariage, il n'a pas droit d'obtenir récompense de la part de la femme (art. 1410, §. 3, C. civ.).

203. — Tels sont les droits des époux sur les biens de la communauté. La loi n'a pas si strictement fixé leur étendue respective que les conventions particulières ne puissent déplacer les limites qu'elle a posées. Cependant elle exige qu'il ne soit pas porté atteinte à la puissance maritale (art. 1388, C. civ.).

La puissance maritale n'est pas seulement cette puissance négative qui fait obstacle à ce que la femme s'oblige ou dispose de ses biens sans autorisation; elle consiste encore dans cette supériorité de position qui appartient au mari toutes les fois que les droits de la

(1) A. D., v° *Communauté*, n° 184.

femme et les siens se trouvent en concours : le mari ne peut donc se démettre par contrat de mariage du droit d'administrer la communauté.

204. — Mais si le mari ne peut consentir à ce que les droits de sa femme s'élèvent au-dessus des siens, il lui est certainement permis de restreindre ses propres pouvoirs : il renoncerait, par exemple, valablement au droit de vendre les conquets de communauté. Une telle convention ne peut en effet compromettre que les intérêts privés de la famille, et il faut se garder d'élever les intérêts privés à la hauteur de l'intérêt public et de porter ainsi atteinte au respect dû aux conventions.

Droits respectifs des époux sur les propres de la femme pendant la durée de la communauté.

205. — Sous le régime de la communauté, les produits de tous les biens personnels des époux étant destinés à subvenir aux charges du mariage, le mari se trouve avoir, comme chef de l'association conjugale, la jouissance, ou, pour mieux dire, l'usufruit (art. 1417, C. civ.) de tous les biens personnels de la femme.

Le droit d'usufruit a pour annexe naturelle le droit d'administrer. En effet, administrer c'est faire produire et conserver.

Or, il est rationnel que celui-là qui profite des produits soit chargé de veiller à la conservation de la chose, et ait le droit de la gérer suivant l'utilité qu'il lui convient d'en tirer.

Cette affinité entre l'administration et la jouissance a été consacrée, pour le régime d'exclusion de communauté, par l'art. 1530 du Code civil; pour le régime de séparation de biens, par l'art. 1536 du Code

civil; pour le régime dotal, par l'art. 1549 du Code civil quant aux biens dotaux, et par l'article 1579 du Code civil quant aux biens paraphernaux.

L'art. 1428, §. 1, du Code civil, n'a pu n'être pas conçu dans le même esprit que les articles que nous venons de citer. Il n'y a, en effet, nul motif plausible pour attribuer au mari, sur les biens de sa femme, un droit d'administrer stérile, onéreux même pour lui, et préjudiciable pour la femme.

D'ailleurs, quand la femme conserve, quoique mariée sous le régime de la communauté, la jouissance de certains biens, elle est véritablement séparée quant à ces biens. Elle en doit donc, par application de l'art. 1536 du Code civil, conserver l'administration en même temps que la jouissance.

D'où nous concluons que le mari n'a l'administration des biens de sa femme qu'autant qu'il a la jouissance de ces mêmes biens.

L'observation suivante répond à toute objection qui serait tirée de la lettre de l'art. 1428, §. 1, du Code civil.

L'art. 1428 tout entier a été rédigé dans la prévision du cas où la volonté de l'homme ne modifie en rien les règles suivant lesquelles la communauté se compose (1). Or, ce n'est que par suite des stipulations insérées au contrat de mariage, ou des déclarations du testateur ou du donateur, que la femme conserve, sous le régime de la communauté, la jouissance de ses biens personnels. Le §. 1er de ce même article ne s'applique donc, malgré la généralité de ses termes, qu'aux biens dont le mari a la jouissance.

206. — L'administration du mari n'étant qu'une

(1) Nous démontrons cette proposition au numéro suivant.

conséquence de son droit d'usufruit sur les biens de sa femme, le mari n'a en général, comme administrateur, d'autres droits que ceux qui lui appartiennent comme usufruitier. Ainsi le mari ne peut aliéner ni les immeubles ni les meubles dont sa femme a conservé la propriété.

L'art. 1428, §. 3, est cependant conçu de telle sorte qu'il semble qu'on en devrait conclure que le mari peut aliéner les meubles dont sa femme est propriétaire; mais ce n'est là qu'une apparence, et cette apparence n'a trompé personne; car c'est un point de doctrine constant, que le mari ne peut aliéner les meubles qui appartiennent à sa femme (1).

A cette occasion, nous reproduisons avec plus de confiance l'observation que nous avons présentée au numéro précédent, à savoir, que l'art. 1428 a été rédigé dans la prévision du cas où la communauté est composée suivant le vœu de la loi, et non dans la prévision du cas où sa composition est modifiée par la volonté de l'homme.

Il est évident, en effet, que si, dans le §. 3 de cet article, la prohibition d'aliéner n'est relative qu'aux immeubles, ce ne peut être que parce que le législa-

(1) *Sic*, Toullier, t. XII, n° 577. — Duranton, t. XIV, n° 318, et t. XV, n°s 21 et 49. — Trois arrêts de la Cour de Paris, rendus à la date des 21 janvier, 15 avril et 11 mai 1837 (*J. du P.*, 1837, t. I, p. 198-491 et 492), ont cependant jugé que le mari pouvait aliéner les meubles que la femme s'était réservés propres.

De telles décisions consacrent la violation la plus manifeste du droit de propriété et du respect dû aux conventions.

Mais la Cour de Paris est revenue sur cette jurisprudence par arrêt du 15 avril 1839. — *J. du P.*, 1839, t. II, p. 69.

teur n'a pas supposé que la femme pût, sous l'empire de la communauté légale, avoir des meubles en propriété. C'est ainsi seulement qu'il est possible de se rendre compte de la rédaction du texte dont il s'agit, et de se refuser à en déduire un argument *à contrario*, qui d'ailleurs serait en opposition avec les principes les plus constants (1).

207. — Si le mari ne peut aliéner les biens dont la propriété appartient à sa femme, il ne peut exercer les actions relatives à ces mêmes biens.

En effet, celui qui ne peut aliéner directement ne peut aliéner indirectement en estant en justice.

L'application de ce principe, aussi juste qu'élémentaire, est universellement admise quand il s'agit d'actions immobilières; mais par une inconséquence remarquable, elle est presque universellement rejetée lorsqu'il s'agit d'actions mobilières.

Le texte, il est vrai, qui est muet quant aux actions immobilières, déclare positivement que le mari peut exercer les actions mobilières qui appartiennent à la femme. Mais ce texte, on ne peut en disconvenir, est en hostilité ouverte avec les règles de la logique. Alors n'est-ce pas le cas de ne le pas considérer seulement

---

(1) L'arrêt du 15 avril 1839, que nous avons cité à la note qui précède, s'appuie sur le considérant suivant qui est parfaitement en harmonie avec l'interprétation que nous donnons de la rédaction de l'art. 1428.

« Considérant..... que l'art. 1428..... est placé au titre *de la* « *Communauté légale*, sous laquelle tout le mobilier de la femme « est la propriété de la communauté; et que dès lors il ne peut y « avoir *aucune analogie* avec l'espèce, puisque *la femme s'est ré-* « *servé comme propre une partie de ses biens meubles.* »

à la surface, mais de s'enquérir de son origine et des causes qui peuvent avoir influé sur sa rédaction, afin de s'assurer de son sens et de sa portée.

Or, le §. 2 de l'art. 1428 procède évidemment de l'article 223 de la Coutume de Paris, ainsi conçu : « Le « mari est seigneur des actions mobilières et posses- « soires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme, « et peut le mari agir et déduire lesdits droits et ac- « tions en jugement sans ladite femme. »

Pothier, sur cet article, s'exprime ainsi (1) : « La com- « munauté étant composée de tous les biens mobiliers « de chacun des conjoints, et le mari étant chef de la « communauté tant qu'elle dure, la coutume en a très- « bien tiré la conséquence qu'il est seigneur des ac- « tions mobilières de sa femme, et qu'il peut seul les « déduire en jugement.... La disposition de cet ar- « ticle (223) a lieu quand le mobilier aurait été réalisé « par clause de réserve de propre; car tout l'effet de « cette clause est de lui accorder, et à ses héritiers, « une reprise lors de la dissolution de la communauté. « Elle n'empêche pas que le mobilier tombe dans la « communauté, à charge de reprise. » (2)

De ce passage il résulte que ce n'est qu'en tant que chef de la communauté que le mari peut exercer les actions mobilières de sa femme. D'où il suit que ce

---

(1) *Traité de la Communauté*, n° 573.

(2) On sait, car il n'est pas d'auteur moderne qui n'ait longuement réfuté Pothier sur ce point, on sait par suite de quelle erreur Pothier enseigne que le mobilier réalisé tombe dans la communauté.

pouvoir du mari ne s'étend pas aux actions exclues de la communauté.

Il en résulte encore que si Pothier dit d'une manière générale que le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières de la femme, c'est que, suivant cet auteur, le mobilier stipulé propre tombait en communauté et ne donnait lieu qu'à une reprise lors de la dissolution.

Or, la doctrine et la jurisprudence ont, par la plus flagrante des contradictions, unanimement rejeté la décision de Pothier quant à l'entrée dans la communauté du mobilier stipulé propre, et elles ont cependant accepté les conséquences de cette décision, quant aux actions relatives à ce même mobilier.

Qu'on n'espère pas justifier cette contradiction en alléguant que le texte est impérieux, car le secret de la rédaction du §. 2 de l'art. 1428, et le sens de ce texte par conséquent, se dévoile pour quiconque veut en considérer un instant l'origine.

Pothier désignait le mobilier et les actions mobilières qui procédant du chef de la femme étaient tombées en communauté sauf reprise de leur valeur, par ces mots : *mobilier* DE *la femme, actions mobilières* DE *la femme.*

Les auteurs du Code civil ont rencontré ces expressions et les ont traduites par celles-ci : *actions* QUI APPARTIENNENT *à la femme*, donnant ainsi au mot DE le sens qu'il a ordinairement, et s'écartant, sans s'en apercevoir, du sens spécial dans lequel Pothier l'avait employé.

Ces mots : *actions mobilières* QUI APPARTIENNENT *à la*

femme, ne sont donc dans l'art. 1428 que l'équivalent de ces termes de la Coutume : *actions* QUI PROCÈDENT DU CÔTÉ *de la femme*. On comprend que, sur la foi de Pothier, le législateur soit tombé dans une erreur de rédaction, mais on ne comprendrait pas qu'il ait dérogé aux doctrines anciennes au prix de la plus évidente des inconséquences.

Nous avons écrit que les auteurs nous sont unanimement opposés : cette déclaration doit être rectifiée. Voici, en effet, ce que Toullier a écrit (1) : « les « actions mobilières tombent toutes dans la commu- « nauté. . . . . Il était donc presque inutile de répé- « ter dans l'art. 1428 ce que disaient nos anciennes « coutumes : le mari peut exercer seul toutes les « actions mobilières qui appartiennent à la femme. « Cela résultait assez de la nature de ces actions ; mais « le Code n'a pas voulu laisser de doute sur ce point. »

Ainsi, suivant Toullier, le mari ne peut exercer les actions mobilières que parce que ces actions tombent dans la communauté ; il ne peut les exercer toutes que parce que toutes y tombent.

Si, au moment où Toullier écrivait le passage que nous venons de citer, il lui fût venu à la pensée que certaines actions mobilières pouvaient ne pas tomber dans la communauté, il n'eût pas manqué de décider que le mari ne pouvait exercer ces actions, que l'article 1428 n'était pas fait pour ce cas.

La doctrine accréditée que nous combattons ne pouvait, ce nous semble, rencontrer de réfutation

(1) T. XII, n° 383.

plus puissante que l'observation si pleine de sécurité du savant jurisconsulte, qui n'aperçoit pas même, tant est grande l'autorité des principes qui le guident, l'objection de texte qui a déterminé tant de convictions contraires à la sienne.

Une courte explication au sujet des actions possessoires complétera cette démonstration.

Les actions immobilières pétitoires qui appartiennent à la femme ne peuvent être exercées par le mari. Il ne peut en être des actions possessoires autrement que des actions pétitoires, car l'exercice de l'action possessoire peut, de même que l'exercice de l'action pétitoire, compromettre le sort de la propriété. La logique réclame si impérieusement cette décision qu'il n'y a pas de texte qui puisse faire admettre le contraire.

Or, si le §. 2 de l'art. 1428 est inexact à l'égard des actions possessoires, ne l'est-il pas également à l'égard des actions mobilières?

En résumé, le mari ne peut exercer ni les actions immobilières, pétitoires ou possessoires, ni les actions mobilières qui appartiennent à la femme.

208. — Il ne faut pas conclure de là que le mari ne puisse exercer aucune action qui ait les biens de sa femme pour objet. Il est loisible au mari d'exercer toutes les actions qui dérivent de son droit d'usufruit. Le mari peut même, si le droit de propriété de la femme est dénié afin de lui contester à lui-même son droit d'usufruit, établir en justice le droit de propriété de sa femme. Mais la décision qui interviendra n'aura pas contre sa femme l'autorité de la chose jugée, car la question de propriété n'aura pu être agitée que

comme moyen de résoudre le procès, et non comme objet du litige.

209. — On a récemment agité devant la Cour de cassation (1) la question de savoir si le mari a qualité pour exercer seul une surenchère à raison d'une créance hypothécaire propre à sa femme.

Cette question a été résolue négativement; on ne comprendrait pas qu'elle pût l'être dans un sens différent. En effet, surenchérir c'est faire l'offre d'acquérir; or, le mari n'a certes pas qualité pour acquérir pour sa femme.

On objectait cependant, dans l'intérêt de la validité de la surenchère, que le mari est chargé du recouvrement des créances de la femme, et que la perte de ces créances engagerait sa responsabilité.

Cette objection renferme une pétition de principe évidente. En effet, le mari n'est responsable du défaut de recouvrement des créances de la femme que s'il a eu la possibilité d'effectuer ce recouvrement. Or, la question est précisément de savoir si le mari peut surenchérir afin de rendre le recouvrement possible. On ne peut donc déduire le pouvoir du mari d'une responsabilité qui n'est que supposée.

210. — Administrer, avons-nous dit, c'est faire produire et conserver.

Au point de vue du premier de ces éléments du droit d'administrer, les droits du mari se confondent avec ceux de l'usufruitier. Par conséquent, les explications que nous donnerions sur ce sujet n'auraient rien d'ex-

---

(1) Arrêt du 16 décembre 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 781.

clusivement spécial : nous devons donc nous abstenir d'en présenter aucune. Cependant, pour nous conformer à l'économie du Code, nous traiterons ici du droit qui appartient au mari de donner à bail les biens de sa femme.

211. — Pour le législateur, le problème à résoudre était celui-ci : faire en sorte que les effets des baux consentis par le mari ne portent point une trop grave atteinte aux intérêts de la femme, qui, à la dissolution de la communauté, reprend la jouissance de ses biens; en même temps ne pas placer le preneur sous le coup d'une résolution de bail immédiate lors de la dissolution de la communauté. Cette résolution de bail, en effet, toujours imminente, enlèverait au mari la possibilité de louer avantageusement.

212. — Ces intérêts opposés ont été heureusement conciliés par les art. 1429 et 1430 du Code civil qui décident :

1°. Que les baux ne vaudront que pour la période de neuf ans en cours d'exécution lors de la dissolution de la communauté;

2°. Que les baux ne vaudront pas même pour cette période de neuf ans, s'ils sont renouvelés plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de terres, ou plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons.

Cependant les baux renouvelés par anticipation produiront effet pour une période de neuf ans, si leur exécution a commencé avant la dissolution de la communauté.

Le commencement d'exécution purge, s'il est permis de s'exprimer ainsi, le vice originaire du bail.

La femme, en effet, n'a pas juste sujet de se plaindre de l'anticipation, si la durée du bail n'excède pas les limites fixées par l'art. 1429.

213. — Les baux de neuf ans et au-dessus auraient évidemment, s'ils étaient anticipés, le sort des baux d'une moindre durée, soit qu'ils fussent dans le cas d'être annulés, soit qu'ils fussent dans le cas d'être maintenus à cause du commencement d'exécution. Car si l'art. 1430 ne s'explique qu'au sujet des baux de neuf ans et au-dessous, c'est que les baux d'une plus longue durée ont été réduits à ce terme par l'article précédent.

214. — Le bail, quoique fait dans les limites de durée et renouvelé dans les délais fixés par la loi, ne peut être opposé à la femme s'il a été consenti en fraude de ses droits, pourvu toutefois que le preneur soit complice de la fraude (art. 1167, C. civ.).

Le bail doit être considéré comme frauduleux s'il a été passé dans la prévision de la mort de la femme, ou consenti à vil prix, etc.

215. — Si le mari a reçu un pot-de-vin de la part du locataire, ce pot-de-vin est réputé faire partie du prix du bail et se répartit sur toutes les années de jouissance. La femme doit donc y prendre part dans la proportion des années de bail qui resteront à courir après la dissolution de la communauté.

216. — Elle a droit d'exiger cette part du locataire lui même, qui peut se trouver ainsi obligé de payer deux fois, sauf recours contre le mari, car le locataire ne peut opposer au propriétaire les paiements faits par anticipation (art. 1753, C. civ.).

217. — Le droit de faire résoudre le bail à l'expira-

tion de la période de neuf ans ne peut appartenir qu'à la femme, et non au locataire. Celui-ci est évidemment tenu d'exécuter, si la femme l'exige, son bail tout entier.

218. — Si, à l'expiration de la période de neuf ans pour laquelle le bail est valable, la femme laisse le locataire en possession, cet acte doit-il être considéré comme une ratification du bail, ou seulement comme une tacite réconduction?

La difficulté gît dans l'interprétation d'un fait, par conséquent la solution dépend des circonstances.

A défaut de circonstances propres à caractériser le fait, nous croyons qu'il est préférable de décider dans le sens de la tacite réconduction. En effet, c'est au locataire qui se prévaut de la ratification à prouver qu'il y a eu de la part de la femme intention de ratifier. Or, en l'absence de la preuve de cette intention, la continuation de la possession du locataire constitue un simple état de fait qui ne peut être considéré que comme une réconduction tacite.

219. — Envisagée dans son second élément, le devoir de conserver, l'administration du mari comprend des actes aussi nombreux, aussi variés que les circonstances qui exigent leur accomplissement. Nous ne pouvons examiner ces actes en détail, mais nous tenons à déterminer l'étendue de la responsabilité du mari.

Il n'y a de responsabilité qu'en cas de faute. Quand y a-t-il faute de la part du mari? en d'autres termes, quel est le degré de vigilance que le mari est tenu d'apporter dans sa gestion?

A cette question, le bon sens répond que le mari

est tenu d'apporter toute la vigilance dont il est capable, mais qu'il n'est tenu à rien de plus.

Nous ne sommes pas bien certain que cette réponse soit d'accord avec toutes les théories, mais nous sommes convaincu que cette réponse est la seule que la pratique puisse accepter.

Sans doute, pour décharger le mari des conséquences des fautes d'administration qu'il commet, on n'admettra pas, sans preuve suffisante, qu'il est naturellement incapable de la vigilance ordinaire. Sans doute, à plus forte raison, par cela seul que le mari alléguerait qu'il est dans sa nature d'être dissipateur, et lors même qu'il appuierait son assertion en prouvant qu'il a dissipé ses propres biens, il ne devrait pas être absous de la dissipation des biens de sa femme; mais ce que nous soutenons, c'est que toute question de responsabilité est essentiellement relative.

Si le mari était atteint d'une faiblesse d'esprit semblable à celle qui donne lieu à la nomination d'un conseil judiciaire, s'il était descendu à un degré d'intelligence si infime qu'il y eût nécessité de provoquer son interdiction, et que dans cet état il eût laissé périr les biens de sa femme, il ne serait certainement pas responsable de leur perte.

De même, si le mari prouvait qu'il a fait tout ce qui était en lui pour bien gérer la fortune de sa femme, il ne serait pas responsable parce qu'un autre mieux doué de la nature eût plus heureusement administré. Le défaut d'intelligence est un cas de force majeure au plus haut degré.

220. — Si toute question de responsabilité doit

être tranchée en prenant en considération l'aptitude personnelle du mari, à plus forte raison ne peut-elle être résolue., abstraction faite des circonstances où elle se présente.

Ainsi, c'est à tort, selon nous, qu'on a fait une question de principes du point de savoir si le mari doit être responsable des prescriptions accomplies dans un temps fort rapproché du mariage, s'il doit être responsable des prescriptions qu'il a laissé s'accomplir en faveur des débiteurs d'une solvabilité douteuse, etc.

A ces questions, il n'y a d'autre réponse possible que celle-ci : c'est que le mari est responsable s'il y a eu faute de sa part, et qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu faute de sa part selon que le temps qui lui était laissé pour agir était ou non suffisant, selon que les débiteurs présentaient ou non des apparences de solvabilité suffisantes pour déterminer à faire des actes conservatoires.

221. — Il s'est élevé, au sujet des interruptions de prescription que le mari est chargé d'effectuer, une difficulté résultant de ce que le mari ne peut exercer les actions qui appartiennent à sa femme, difficulté moins sérieuse en réalité qu'elle ne l'est en apparence. On s'est dit : si le mari ne peut exercer les actions de sa femme, il ne peut interrompre les prescriptions qui courent contre elle; car toute décision intervenue sur l'action exercée par le mari comme usufruitier n'ayant pas force de chose jugée contre la femme, ne peut avoir force de chose jugée en faveur de la femme.

222. — Sous l'influence de cette idée, M. Duranton

a écrit (1) : « Lorsque la femme ne voudra pas agir, « le mari fera constater son refus; alors, il agira pour « la jouissance et sera à l'abri de tout recours de la « part de sa femme, si elle vient à perdre la propriété « de son immeuble. » Ce conseil est parfaitement inutile. En effet, le mari, en agissant contre le tiers détenteur afin de recouvrer la possession à laquelle il a droit en qualité d'usufruitier, met sa responsabilité à couvert. S'il triomphe dans son action, il sera investi de la possession de l'immeuble, et en qualité d'usufruitier il possédera pour sa femme, dont les droits de propriété se trouveront ainsi conservés (2). Si le mari succombe, il aura évidemment fait tout ce qu'il pouvait faire pour soustraire les biens de sa femme à la prescription qui les menaçait.

Il importe même de bien remarquer que, lorsque le mari aura épuisé son action, la femme aura encore la faculté d'agir elle-même contre le détenteur pour faire reconnaître contre lui son droit de propriété.

223. — Ce que nous disons de l'action pétitoire s'applique à l'action possessoire. L'action possessoire exercée avec succès par le mari dans son seul intérêt, suffit pour conserver les droits de la femme, parce qu'elle détruit la possession du tiers détenteur. Exercée avec désavantage, cette action ne nuit pas à la femme, parce que le mari n'a pu l'intenter que comme usufruitier, et non comme mandataire de sa femme.

224. — Il est vrai que lorsqu'il s'agit de prescription

(1) T. XIV, n° 136.

(2) *Sic*, Proudhon, *Usuf.*, n° 2163. — Troplong, *Prescription*, n°s 656 et 657.



libératoire, l'interruption faite par le mari seul ne peut profiter à la femme nue propriétaire de la créance.

Le mari a-t-il dans ce cas le devoir de mettre la femme en demeure d'agir elle-même, ainsi que M. Duranton le pense?

Nous ne le pouvons croire : le mari, en effet, n'est responsable du défaut d'accomplissement des actes conservatoires que lorsqu'il a lui-même la faculté de les faire, et il suffit que la loi ne lui ait pas expressément imposé le devoir de provoquer la femme à prendre soin de ses propres intérêts pour qu'il ne soit pas responsable de ne l'avoir pas fait.

225. — Les observations que nous venons de présenter concourent donc toutes à démontrer que le mari est responsable du préjudice causé par sa faute; mais qu'il n'est responsable qu'autant qu'il y a faute de sa part.

Par conséquent, si le préjudice provient uniquement de la faute de la femme, la femme seule doit le supporter.

226. — Mais que déciderait-on, si la perte ou la détérioration des biens de la femme était le résultat, à la fois, de la faute de la femme et de la faute du mari? Il est évident que le préjudice causé devrait être supporté par chacun des époux, suivant la gravité relative de la faute qu'ils auraient commise. Ainsi, si le mari et la femme dissipaient de concert les biens de celle-ci, il faudrait distinguer si la femme a cédé à l'influence du mari, ou si, au contraire, le mari a subi l'influence de la femme; apprécier le degré de l'influence exercée par l'un des époux sur l'autre, et répartir le préjudice en conséquence.

S'il y avait simple faute de la part de l'un des époux et dol de la part de l'autre, la perte devrait retomber tout entière sur ce dernier. Dans le cas, par exemple, où la femme, profitant de la négligence de son mari, aurait dégradé méchamment ses biens propres, il est évident que le mari, quoiqu'il ait lui-même manqué à ses obligations, ne serait pas engagé vis-à-vis de la femme.

227. — Il nous reste à déterminer quels droits appartiennent à la femme durant la communauté, lorsque ses propres ont été vendus par le mari.

La femme peut-elle agir en revendication contre les tiers acquéreurs? La négative semble être généralement admise par la doctrine moderne, comme elle l'avait été par la doctrine ancienne (1).

Il convient cependant de faire remarquer que Lebrun protestait contre cette doctrine, et ce n'était pas sans raison, car le droit de propriété de la femme ne peut être suspendu parceque le mari a aliéné la chose qui en était l'objet. Aussi, maintenant, ce n'est pas le droit de la femme que l'on conteste, c'est son intérêt que l'on nie.

On prétend que la femme n'a pas d'intérêt à agir, parce que les fruits et revenus appartenant au mari, la femme n'en est pas privée par l'aliénation; et, en second lieu, parce que la prescription ne court pas contre elle.

Le premier de ces motifs est évidemment insuffisant. La femme, en effet, encore qu'elle n'ait rien à prétendre sur les fruits, peut avoir intérêt à faire

(1) Toullier, t. XII, n° 400.

immédiatement annuler l'aliénation; dans le cas, par exemple, où l'immeuble serait détérioré par l'acquéreur.

Quant au second motif, il n'est pas concluant. La loi, en dispensant la femme d'agir lorsque son action réfléchit contre son mari, n'a pu vouloir placer la femme dans l'impossibilité de faire valoir ses droits lorsqu'elle y a intérêt. On ne peut donc faire tourner contre la femme la disposition de l'art. 2254 du Code civil, qui est uniquement destiné à la protéger.

Une objection cependant sort du texte de l'art. 1560, relatif au régime dotal. Sous ce régime, la femme ne peut exercer l'action révocatoire qu'à la dissolution du mariage ou à la séparation de biens; pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque la femme est mariée sous le régime de la communauté? Il est facile d'apercevoir le motif pour lequel l'art. 1560 est tout spécial au régime dotal.

Tant que l'immeuble dotal ne peut être aliéné, même avec le consentement de la femme, l'exercice de l'action révocatoire par la femme doit être suspendu, de crainte que, par suite de l'influence du mari, cette action ne soit exercée de manière à compromettre, sans retour, la propriété de l'immeuble dotal. Mais, lorsque la femme est mariée sous le régime de la communauté, il ne serait pas rationnel de prendre les mêmes précautions contre l'influence maritale, puisque la femme peut ratifier ouvertement l'aliénation de ses immeubles consentie par son mari.

228. — La femme peut, au lieu d'agir en revendication, soit pendant, soit après la communauté, exercer à la dissolution de la communauté une action en

indemnité sur la masse commune. Mais toute action cesse d'exister à son profit quand il a été fait remploi des biens aliénés.

229. — Le remploi, lorsqu'il concerne les biens de la femme, n'est effectué que par l'accomplissement de cette double condition : 1°. Déclaration par le mari que l'acquisition est faite des deniers provenant de la vente de l'immeuble de la femme, *ou seulement* que l'immeuble acquis est destiné à lui servir de remploi; — 2°. Acceptation par la femme de cette déclaration.

Suivant le texte de l'art. 1435 du Code civil, le mari doit déclarer *et* l'origine des deniers, *et* l'intention où il est que l'immeuble serve de remploi; mais cette rédaction est inexacte. En effet, le remploi ne serait pas nul pour avoir été fait avec des deniers autres que ceux provenant de la vente de l'immeuble de la femme (1). Or, si la validité du remploi ne dépend pas de l'origine des deniers, la déclaration de l'origine des deniers ne peut être essentielle pour la validité du remploi.

Quel peut donc être le but de la déclaration de l'origine des deniers, si ce n'est de faire connaître que l'intention du mari est que l'immeuble puisse servir de remploi? Par conséquent, les deux conditions de l'art. 1435 font double emploi. D'où il suit qu'il y a lieu de remplacer dans l'art. 1435 *et* par *ou*, et de rendre ainsi ce texte conforme aux n°s 198 et 199 du *Traité de la Communauté* de Pothier, d'où il a été extrait.

230. — Il est généralement admis que la déclaration

(1) Toullier, t. XII, n° 371. — Paris, 6 novembre 1819. — D. A., 10, 221.

du mari doit avoir lieu dans l'acte même d'acquisition, tandis que l'acceptation de la femme peut être faite par acte postérieur.

Cette doctrine est une conciliation assez heureuse des garanties dues aux tiers, et des facilités qu'il convient d'accorder à la femme lorsqu'il s'agit du remploi de ses propres aliénés.

Toutes les fois, en effet, que les tiers veulent contracter avec le mari au sujet d'immeubles qui sont déclarés acquis afin de servir de remploi, ceux-ci sont avertis qu'une acceptation peut être dissimulée; par conséquent, ils doivent exiger que la femme intervienne au contrat pour les garantir des effets de cette acceptation, si elle a lieu (1).

La nécessité pour le mari de faire la déclaration de remploi dans l'acte même d'acquisition nous semble ne pouvoir être justifiée qu'au seul point de vue de l'intérêt des tiers.

Quant aux motifs donnés par M. Duranton (2), à savoir « que la déclaration doit être faite dans l'acte « même d'acquisition, parce qu'autrement l'immeuble « tomberait dans la communauté, et que le donner à « la femme à titre de remploi, ce serait porter atteinte « aux conventions matrimoniales », nous n'y pouvons souscrire. En effet, nous ne comprenons pas comment la déclaration du mari non acceptée par la femme empêcherait l'immeuble de tomber dans la communauté, puisque l'immeuble ne devient propre à la femme que

(1) Il est évident que l'acceptation ne pourrait porter atteinte à des droits antérieurement acquis.

(2) T. XIV, n° 396.



par l'acceptation de celle-ci, et que l'immeuble, s'il n'est un propre de la femme, ne peut être qu'un bien de communauté. Nous ne comprenons pas davantage comment il y aurait modification des conventions matrimoniales si le mari tirait un immeuble de la communauté pour remplir la femme de ses immeubles aliénés, tandis qu'il n'y a pas modification des conventions matrimoniales lorsque le mari tire de la communauté une somme d'argent afin d'en acheter un immeuble qui est déclaré acquis en remploi.

231. La déclaration du mari est une offre; l'acceptation doit concourir avec l'offre; d'où il suit que l'acceptation de la femme ne peut intervenir utilement lorsque le mari a rétracté sa déclaration, ou lorsque le mari n'est plus capable d'une manifestation de volonté ayant des effets légaux, dans le cas, par exemple, d'interdiction ou de mort civile; à plus forte raison, l'acceptation de la femme ne pourrait avoir lieu après la mort du mari.

Il suffit même que la communauté soit dissoute pour que l'acceptation ne puisse être faite utilement. En effet, lorsque la communauté est dissoute, le mari n'ayant plus qualité pour disposer des choses qui en ont fait partie, l'offre qu'il fait d'un bien de la communauté à fin de remploi est nécessairement frappée de nullité.

Cette question fut agitée au Conseil d'État, et on l'a résolue dans le sens que nous adoptons (1).

232. — L'offre de remploi peut être pure et simple ou conditionnelle. Ce serait assurément une condition fort licite que celle qui subordonnerait la validité de

(1) Toullier, t. XII, n° 360.

l'offre à son acceptation par la femme dans un délai déterminé.

233. — Quoique l'acceptation doive être formelle, il n'est pas douteux que la présence de la femme au contrat qui contient la déclaration de remploi ne constitue une acceptation suffisante.

234. — L'acceptation peut avoir lieu même par acte sous seing privé; mais comme, d'une part, le mari et la femme ont également intérêt à se prévaloir l'un vis-à-vis de l'autre de cette acceptation, et comme, d'autre part, l'acceptation n'est valable que si le mari en a eu connaissance, l'acte d'acceptation devra être fait double et signé par le mari et par la femme.

M. Duranton (1) enseigne que l'acceptation doit avoir lieu par acte authentique, parce que si l'acceptation était faite par acte sous signature privée, on pourrait facilement faire disparaître cet acte et dégager ainsi la femme de son acceptation.

Cette doctrine nous semble inspirée par un souci trop vif de l'intérêt des tiers. Elle ne conduirait à rien moins, en effet, qu'à proscrire les actes sous seing privé toutes les fois qu'ils sont destinés à prouver des faits dont l'existence intéresse les tiers. Ainsi, si l'on tirait de cette doctrine les conséquences qu'elle renferme, l'acte d'acquisition lui-même contenant déclaration de remploi ne pourrait être fait sous signature privée; car, dans ce cas, le mari et la femme auraient évidemment la possibilité de l'annuler et de le remplacer par un acte ne contenant pas de déclaration

(1) T. XIV, n° 394.

de la part du mari, ce qui infirmerait l'acceptation de la femme, même authentiquement constatée.

Nous ne pouvons croire qu'on ose jamais prétendre qu'une telle conséquence doive être admise. Or, l'acceptation du remploi ne peut être soumise à des conditions de preuves plus rigoureuses que celles par lesquelles doit être constatée la déclaration de remploi.

Ces deux faits sont donc également bien constatés par des actes sous seing privé.

235. — Sous le régime de la communauté, le remploi n'est que facultatif, à moins que le contrat de mariage ne contienne stipulation de remploi. Cette clause rend le remploi forcé, même à l'égard des tiers acquéreurs qui se trouvent ainsi responsables de la validité du remploi,

Le remploi, quoique forcé, est soumis aux règles de l'art. 1435. Il ne résulte que de la déclaration du remploi par le mari et de l'acceptation par la femme. Cependant s'il avait été stipulé dans le contrat de mariage que le remploi serait effectué sur le premier acquêt, la déclaration de remploi par le mari ne serait pas nécessaire ; toute déclaration contraire serait même nulle, car il ne peut être loisible au mari de se soustraire à ses engagements.

236. — On admet généralement que cette même clause dispense la femme d'accepter le remploi, mais qu'elle ne lui enlève pas le droit de le refuser (1).

Cette doctrine implique contradiction. D'une part, en effet, pour que la femme soit dispensée d'accepter,

---

(1) Toullier, t. XII, n° 362 et S. — D. A., 10, p. 222, n° 43.

il faut que les conventions matrimoniales soient réputées contenir acceptation anticipée ; d'autre part, pour qu'il soit accordé à la femme de refuser, ce qui est ne pas accepter, il faut que les mêmes conventions soient réputées ne pas contenir acceptation.

La même clause reçoit donc simultanément deux interprétations contraires selon que l'intérêt de la femme l'exige. Cela n'est ni juste, ni logique.

Pour nous, nous croyons devoir opter entre ces deux alternatives, et notre choix se fixe sur la dernière. Car il est de principe que l'acceptation ne peut précéder l'offre; or, l'acquisition de l'immeuble destiné à servir de remploi est nécessaire pour compléter l'offre du mari.

L'acquisition ne constituerait donc pas un remploi si la femme n'acceptait pas en temps utile.

237. — A la dissolution de la communauté, la femme a le droit d'accepter ou de renoncer, c'est-à-dire de consolider d'une manière indélébile sa qualité d'associée ou de s'affranchir des conséquences qui dérivent de cette qualité.

De la femme acceptante.

238. — La femme reprend l'administration et la jouissance de ses biens personnels. Si ces biens ont été aliénés, elle a, suivant son choix, une action en indemnité contre son mari, ou une action en revendication contre les tiers acquéreurs.

239. — Les plus graves dissentiments se sont produits au sujet de l'exercice de l'action en revendication par la femme qui a accepté.

Beaucoup d'anciens auteurs dont l'opinion a été

suivie par Toullier (1) et par M. Dalloz (2), s'attachaient à cette idée : la communauté est tenue de toutes les dettes contractées par le mari, même des dommages-intérêts dont celui-ci serait débiteur envers les tiers auxquels il a vendu l'immeuble de sa femme, si ces tiers étaient évincés.

Or, la femme qui accepte la communauté est tenue, jusqu'à concurrence de son émolument, de la moitié des dettes de la communauté.

D'où ils concluaient, en vertu de la maxime *quem de evictione*, etc., que la femme ne peut revendiquer que pour moitié son immeuble aliéné, à moins d'abandonner sa part dans la communauté.

Nous avons refuté par avance ce raisonnement quand nous avons démontré (3) qu'il n'est pas vrai que la communauté soit tenue de toutes les dettes contractées par le mari, et, spécialement, que les dommages intérêts encourus par le mari pour avoir excédé ses pouvoirs puissent être poursuivis sur les biens de la communauté après sa dissolution.

A défaut de cette réfutation, les conséquences de la doctrine que nous signalons suffiraient pour faire découvrir l'erreur qu'elle contient.

Cette doctrine a en effet pour résultat de placer la femme, toutes les fois que son intérêt lui défend de renoncer, dans la nécessité de valider pour moitié les aliénations de ses biens consenties par son mari; elle conduit en outre à admettre des revendications partielles.

(1) T. XII, n° 226.
(2) T. X, n° 200.
(3) Voir *suprà*, n° 194.

Or, de ces résultats, l'un est contraire aux principes les plus élémentaires du droit, et l'autre affranchit évidemment le mari des prohibitions posées par la loi.

Lebrun n'admit jamais cette opinion; Pothier la répudia après l'avoir acceptée : mais ces deux auteurs ne se sont pas pour celà rencontrés dans un avis commun, et le dissentiment qui a existé entre eux s'est reproduit parmi les jurisconsultes modernes.

Lebrun décidait(1) que la femme peut revendiquer, mais qu'elle doit tenir compte à l'acheteur de sa part commune dans la restitution du prix et des dommages-intérêts(2).

Lebrun se rapprochait ainsi de la vérité, sans cependant la rencontrer.

En effet, d'une part, si la femme doit des dommages-intérêts en cas d'éviction, elle ne peut évincer, car on n'est pas recevable à causer un préjudice qu'on est obligé de réparer. D'autre part, si la femme a le droit d'éviction, elle ne doit pas des dommages-intérêts à raison de cette éviction : *Qui jure suo utitur neminem lædit;* ce dilemme est rigoureux.

Aussi Pothier(3) fait justement remarquer que l'opinion de Lebrun implique contradiction.

En réfutant ces deux opinions, nous avons nécessairement établi qu'il n'y avait d'autre doctrine conciliable soit avec le droit de propriété réservé à la femme, soit avec les restrictions imposées par la loi au

---

(1) Liv. II, chap. III, sect. 1, n° 38.

(2) L'opinion de Lebrun est partagée par M. Duranton, t. XIV, n° 321; et Zachariæ, t. III, p. 450.

(3) *Communauté*, n° 253.

pouvoir du mari, que celle d'après laquelle la femme peut revendiquer pour le tout ses immeubles aliénés, sans être tenue d'aucuns dommages-intérêts (1).

Toutefois, si la femme a profité du prix, elle est, jusqu'à concurrence du profit qu'elle a tiré, débitrice envers les tiers contre qui elle exerce l'action en revendication.

240. — Ce que nous avons dit des immeubles aliénés s'applique aussi aux meubles, toutes les fois que la revendication en est possible; aux hypothèques consenties, aux ouvertures de mines ou de carrières concédées, aux baux passés, lorsque ces actes constituent de la part du mari un excès de pouvoir.

241. — Si le tiers, acquéreur de mauvaise foi, a dégradé l'immeuble, la femme a contre lui, outre l'action révocatoire, une action en indemnité.

242. — Mais le tiers, acquéreur de bonne foi, est à l'abri de toute action en indemnité pour raison des dégradations qu'il aurait commises, même après avoir connu la qualité de l'immeuble.

En effet, la connaissance du vice de l'acquisition ne suffit point pour enlever à la possession le caractère qu'elle a pris lors de son début. Un acte interruptif de prescription constituerait seul le possesseur en état de mauvaise foi.

243. — Si le prix de l'immeuble est encore dû, la femme a le droit de se le faire attribuer par prélèvement sans que les créanciers de la communauté puissent y prétendre.

L'art. 1470 du Code civil, en effet, distingue la re-

(1) *Sic*, Merlin, v° *Communauté*, §. 3, n° 6.

prise du prix des propres aliénés d'avec les prélèvements pour raison des indemnités que la femme peut répéter contre son mari, et cette distinction ne peut reposer que sur ce que le prix, tant qu'il n'est pas confondu avec les biens de la communauté, est réputé représenter l'immeuble vendu. D'où il suit que ce prix demeure propre à la femme jusqu'au versement effectif entre les mains du mari.

244. — Il faut se garder de confondre ces reprises exercées en vertu des §§. 1er et 2 de l'art. 1470 avec les prélèvements dont il est question au §. 3 du même article. Les reprises sont exercées en vertu du droit de propriété; les prélèvements le sont en vertu d'un droit de créance. Les reprises ont pour objet des biens exclus de la communauté; les prélèvements ont pour objet des biens tombés en communauté.

De cette différence il résulte que les reprises de la femme s'effectuent sans pouvoir rencontrer aucun obstacle de la part des créanciers de la communauté ou du mari, tandis que les prélèvements ne peuvent avoir lieu au préjudice des créanciers qui sont préférables, ou même qui doivent venir en concours avec elle.

Faute d'avoir tenu compte de cette différence, la Cour d'Angers a décidé, par un arrêt du 2 décembre 1830, que la femme a le droit de prélever par privilége le prix de ses propres aliénés, lors même que le prix de l'aliénation a été confondu dans le patrimoine du mari. « Considérant, porte cet arrêt, que l'art. 1470 « accorde à l'épouse ou à ses héritiers la faculté de « prélever sur la masse des biens de la communauté le « prix de ses immeubles qui ont été aliénés; considé- « rant que cet article constitue à son profit un véri-

« table privilége qui lui confère le droit de prélever, « avant tous les créanciers, le prix de ses biens alié- « nés; que ce prélèvement n'est que la représentation « de ses propres, dont elle n'a pu être dépouillée......»

Cette doctrine contient une double erreur : d'abord, parce qu'il n'est pas exact que le prix, lorsqu'il est sorti des mains de l'acquéreur, continue d'être la représentation de l'immeuble vendu; d'où il suit que la femme ne peut, afin de reprendre ce prix, agir en qualité de propriétaire. — En second lieu, la femme n'a pas, en qualité de créancière du prix de son immeuble vendu, un privilége qui s'exerce avant tous les créanciers, puisque l'art. 2135 du Code civil ne donne rang à l'hypothèque, pour le remploi des propres aliénés, que du jour de l'aliénation.

245. — La femme et ses héritiers, en cas d'insuffisance de la communauté, exercent leurs reprises sur les biens personnels du mari (art. 1472, C. civ.); d'où il suit que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari.

246. — Les prélèvements s'exercent sur l'argent comptant d'abord, ensuite sur le mobilier, subsidiairement sur les immeubles de la communauté (art. 1471, C. civ.).

Les prélèvements sont donc un mode de paiement avec des objets en nature : d'où nous concluons qu'il ne peut y avoir compensation entre les prélèvements de la femme et ceux du mari (1).

(1) L'art. 1471 n'est applicable qu'au cas où un partage en nature est possible. Dans le cas contraire, la femme ne peut empêcher la licitation qui est poursuivie, en offrant de garder à charge d'une soulte les biens qui sont l'objet des poursuites à fin de licitation. — Cass., 21 avril 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 460.

247. — Ce droit de prélever des objets en nature ne s'exerce que sur les biens de la communauté. Si ces biens sont insuffisants pour subvenir aux prélèvements, la femme a la faculté de faire vendre les biens du mari, mais elle n'a pas le droit de se les faire attribuer en nature (art. 1471 et 1472, C. civ.).

248. — Le mari n'est jamais recevable à se faire attribuer en nature les biens de la communauté, pour se remplir de ses créances; car si dans le §. 2 de l'art. 1472 cette expression, *exercer reprises sur les biens personnels du mari,* signifie, comme cela n'est pas douteux, faire vendre ces biens, les mêmes mots, dans le §. 1, ne peuvent avoir un sens différent.

249. — Le droit d'exercer les prélèvements en nature est une faveur à laquelle la femme peut assurément renoncer. La femme a donc, comme tout créancier, le droit de refuser de recevoir en paiement des meubles ou des immeubles qui ne lui conviendraient pas, et d'exiger son paiement en argent.

250. — La femme a le droit de faire rentrer dans la masse active de la communauté, soit pour l'exercice da ses prélèvements, soit pour le partage, les biens qui n'en sont sortis que par excès de pouvoir du mari.

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (1).

Toullier lui-même a écrit (2) : « Il est évident que « la donation ne saurait préjudicier aux intérêts de la « femme. Elle peut, par conséquent, demander que « les biens aliénés soient réunis aux autres biens, pour « être partagés confusément. »

---

(1) A. D., v° *Communauté*, n° 271.

(2) T. XII, n° 314.

Il y a lieu de s'étonner que l'évidence qui a éclairé les jurisconsultes quand ils ont examiné la question de savoir quel est le sort des donations des immeubles de la communauté faites par le mari, ne les ait pas également frappés quand ils ont agité la même question au sujet des aliénations des biens personnels de la femme.

Les deux questions, en effet, sont parfaitement analogues et soumises à la même raison de décider.

Cette incontestable analogie et l'unanimité avec laquelle on décide que la femme peut faire rentrer dans la masse de la communauté les biens que le mari en a fait sortir par excès de pouvoir, nous déterminent à persévérer avec une complète sécurité dans l'opinion que nous avons émise relativement aux aliénations des propres de la femme, illégitimement faites par le mari (1).

251. — Toullier enseigne que s'il n'y a dans la masse d'autre immeuble que celui qui a été illégalement donné par le mari, le donateur peut offrir à la femme de le partager ou de le liciter.

Cette doctrine est incontestablement exacte.

Il est indifférent, en effet, pour la femme, que le partage ou la licitation s'effectue entre elle et son mari, plutôt qu'entre elle et le donataire; celui-ci ayant toujours le droit d'intervenir au partage, afin qu'il ne soit rien fait au préjudice de ses droits.

252. — Lorsque les prélèvements sont effectués, le partage de l'actif s'opère par moitié entre les deux époux. Ce partage a lieu suivant les règles des succes-

(1) Voir *suprà*, n° 239.

sions (art. 1476, C. civ.) : c'est pourquoi nous ne donnerons aucuns détails sur ce point,

Obligations de la femme acceptante.

253. — La femme supporte la moitié des dettes qui sont à la charge de la communauté, avec cette restriction cependant qu'elle n'en est tenue que jusqu'à concurrence de son émolument.

254. — La femme ne peut donc jamais être appauvrie par son acceptation; et, en cela, sa position est identique avec celle de l'héritier bénéficiaire; mais elle en diffère gravement sous d'autres rapports.

Lorsque la femme accepte, elle prend un engagement personnel envers les créanciers de la communauté. Il n'en est pas ainsi de l'héritier bénéficiaire, qui n'est tenu que comme détenteur des biens.

La femme engagée personnellement peut être poursuivie sur tout son patrimoine par les créanciers de la communauté; mais aussi, et à cause de son engagement personnel, elle a la disposition pleine et entière des biens qu'elle a recueillis pour sa part dans la communauté. Les créanciers ne peuvent donc forcer la femme de leur abandonner cette part, et, réciproquement, la femme ne peut se dégager envers eux en leur offrant d'en faire l'abandon. D'où il suit que les biens de la communauté, échus à la femme, périssent pour le compte de celle-ci.

Autre est la position de l'héritier bénéficiaire. N'étant point engagé personnellement, il peut, il doit rendre aux créanciers les biens dont il n'a que l'administration. Par le même motif, c'est pour le compte des créanciers que ces biens périssent.

255. — Le principe que la femme n'est tenue que jusqu'à concurrence de son émolument, souffre exception, 1°. à l'égard des dettes qui sont tombées dans la communauté du chef de la femme; car les créanciers de la femme ne doivent point voir leurs droits restreints parce que les dettes de leur débitrice sont tombées dans la communauté.

La femme est donc tenue personnellement pour le tout, non-seulement de toutes les dettes antérieures au mariage, et de toutes celles qui grèvent les biens à elle échus durant le mariage, par donation ou par succession, mais encore de toutes les dettes qu'elle a contractées pendant le mariage, soit avec autorisation de justice, soit avec autorisation de son mari (art. 1427, C. civ.), soit même conjointement avec lui (art. 1431, C. civ.) (1).

2°. La femme est tenue de payer au delà de son émolument, lorsque la dette est indivisible. Dans ce cas, il faut bien que les prérogatives qui lui sont accordées par la loi cèdent devant la force même des choses (2).

3°. La femme est tenue pour le tout à l'égard des créanciers hypothécaires; mais elle n'est tenue qu'hypothécairement (art. 873, C. civ.), c'est-à-dire comme tiers détenteur. D'où il suit que la femme peut, en délaissant, s'affranchir de la portion des dettes qui

(1) Dans ce dernier cas, nous entendons que la femme n'est tenue que pour toute sa part.

(2) La Cour de Bruxelles a décidé autrement le 29 août 1807. — D. A., 10, n° 261. Nous ne croyons pas que cet arrêt puisse faire jurisprudence.

excède la part dont elle est tenue comme acceptante, et que si, par le délaissement, la femme se dépouille de tout émolument, elle se trouve en même temps affranchie de la totalité des dettes.

256. — Du même principe il résulte encore que la femme, quoique tenue de payer la totalité des dettes hypothécaires, n'est pas déchue du droit d'exercer à leur ordre ses propres créances hypothécaires.

Le tiers détenteur, en effet, a incontestablement droit de produire, pour ses créances hypothécaires personnelles, à l'ordre ouvert sur l'immeuble dont il est dépossédé.

257. — Si la femme a payé des créanciers préférables à elle, elle est subrogée à leurs droits (art. 1251, §. 2, C. civ.).

258. — Pour que la femme soit admise à profiter de l'avantage de n'être tenue que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle a tiré des biens de la communauté, il faut qu'elle prouve la valeur de ses biens. Or, le seul moyen de preuve, c'est un inventaire.

Cet inventaire doit être exact et fidèle. Par conséquent, en cas de recel, la femme est déchue du privilége qui lui est accordé (1).

259. — L'émolument doit-il être apprécié d'après la valeur des biens lors de la dissolution de la communauté, ou bien d'après la valeur de ces mêmes biens au moment du partage?

Quoique la dernière alternative soit généralement

---

(1) Quant aux délais dans lesquels l'inventaire doit être fait, voir *infrà*, n° 306.

admise, nous inclinons pour la première par le motif que voici : —

Le partage étant déclaratif de propriété, la femme est réputée avoir été, dès la dissolution de la communauté, propriétaire de la part qui lui est échue. Par conséquent, c'est elle, et non les créanciers, qui doit souffrir ou profiter des variations qui peuvent survenir dans la valeur des biens.

A cette raison de droit qui nous semble décisive se joint cette considération puissante, à savoir que, s'il en était autrement, la femme pourrait changer la position des créanciers en précipitant ou en retardant les opérations du partage. Or, on doit tendre constamment à ne pas laisser les droits des créanciers à la discrétion des débiteurs.

260. — La femme doit rendre compte aux créanciers de la succession afin de justifier de l'importance de son émolument.

On porte à l'actif de ce compte les dettes de la femme envers la communauté; au passif figurent les dettes de la communauté envers la femme. Par conséquent, la libération que la femme obtient en moins prenant dans le partage est comprise dans son émolument, et réciproquement les sommes que la femme touche ou les choses qu'elle prélève en qualité de créancière n'en font pas partie.

Mais il faut se garder de conclure de cette dernière proposition, ainsi que l'a fait la Cour d'Angers (1),

---

(1) Arrêt du 2 décembre 1830. — D., p. 31, 2, 98. — Voir *suprà*, n° 244.

que la femme peut exercer ses prélèvements avant tous autres créanciers.

Cette Cour, en effet, pour établir que la femme doit être payée avant tous autres créanciers, donne le motif suivant : « Considérant que d'après l'art. 1483 la « femme qui a fait faire inventaire n'est tenue des « dettes que jusqu'à concurrence de son émolument; « qu'on ne peut considérer comme émolument que le « bénéfice que lui présente la communauté, *ses prélè- « vements opérés;* que c'est sur cet émolument que les « actions du créancier doivent s'exercer et en cas d'in- « suffisance des biens du mari.... » (1)

Ce motif considéré isolément est juste : il est bien vrai que les prélèvements de la femme ne peuvent être considérés comme émolument, car en se payant de ce qui lui est dû la femme ne fait pas un gain; mais la conclusion qui en est déduite est complétement inexacte.

En effet, de ce que les prélèvements ne constituent pas un gain, ne sont pas une partie de l'émolument, il résulte seulement que les créanciers ne peuvent exercer leurs poursuites sur les prélèvements légitimement opérés; mais il ne s'ensuit pas que les prélèvements puissent être effectués au préjudice des créanciers préférables ou venant en concours.

De la contribution aux dettes.

261. — L'époux a recours contre son conjoint pour

(1) Il est faux que le créancier ne puisse poursuivre la femme qu'en cas d'insuffisance des biens du mari.

ce qu'il a payé, soit forcément, soit volontairement, au delà de sa part.

La femme paie au delà de sa part toutes les fois qu'elle paie au delà de son émolument, même des dettes qui sont tombées de son chef dans la communauté.

262. — On n'a jamais refusé à la femme qui a payé au delà de sa part le droit d'agir en répétition contre les créanciers, quand en payant elle a déclaré qu'elle n'entendait payer que sa part. Mais est-il nécessaire, ainsi qu'on l'a prétendu, que la femme pour avoir l'action en répétition fasse une telle déclaration? Nous ne pouvons le croire.

En effet, cette déclaration ne serait nécessaire que si de son absence résultait une présomption de droit que la femme a entendu payer pour son mari. Or, non-seulement cette présomption n'est pas formulée dans la loi, mais le texte de l'art. 1235 du Code civil, dont la femme comme toute autre personne peut invoquer le bénéfice, la repousse formellement. Néanmoins nous reconnaissons qu'en certaines circonstances il sera utile que la femme déclare qu'elle n'entend payer que pour sa part, afin qu'il n'y ait pas d'équivoque sur ses intentions.

263. — Vis-à-vis du mari, l'émolument de la femme est suffisamment établi par l'acte de partage, car le mari ne peut désavouer un acte dans lequel il a été partie; vis-à-vis des créanciers, il ne peut l'être, ainsi que nous l'avons dit, que par une reddition de compte.

De la femme renonçante.

264. — Par la renonciation, la femme évite d'être

tenue des dettes de la communauté, à l'exception, toutefois, des dettes qui y sont entrées de son chef.

Si elle est forcée d'acquitter des dettes de cette nature, la femme a droit d'obtenir indemnité de la part de son mari.

265. — La femme est, quant à ces dettes, vis-à-vis de la communauté, dans une position qui a beaucoup d'analogie avec celle de la caution vis-à-vis du débiteur principal. C'est pourquoi nous pensons que la femme peut, lors de la liquidation et dans les cas prévus par l'art. 2032 du Code civil, se faire attribuer, à charge de dépôt, une somme égale à celle pour laquelle elle peut être éventuellement poursuivie.

266. — Si la femme renonçante est déchargée des dettes, ce n'est que parce qu'elle a perdu le droit de rien prétendre sur les biens de la communauté.

Il lui est cependant accordé de retirer les linges et les hardes à son usage. Cette disposition de la loi nous paraît devoir être équitablement appliquée. De même qu'on ne doit pas accorder à la femme la reprise d'une quantité de linges et de hardes excessive, à raison du peu d'importance des biens qui composent la communauté; de même il ne convient pas, si la communauté est opulente, de refuser à la femme la faculté de retirer certains objets qui auraient pour elle un prix d'affection.

267. — La femme renonçante conserve le droit d'exercer ses reprises; mais, à la différence de la femme acceptante, elle ne peut se payer des indemnités qui lui sont dues au moyen des prélèvements en nature.

Il s'établit donc une compensation entre les dettes

de la femme vis-à-vis de la communauté, et les dettes de la communauté envers la femme.

Des aliments dus à la femme pendant les délais pour faire inventaire et délibérer.

268. — Pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, la nourriture et le logement de la femme et de ses domestiques sont à la charge de la masse commune (art. 1465 C. civ.).

269. — La nourriture est prise sur les provisions existantes, et, à défaut de provisions, par emprunt pour le compte de la masse (1).

270. — La femme a le droit de continuer d'habiter dans la maison commune; les héritiers ne peuvent l'en expulser, même en lui offrant tout autre logement convenable.

Si, à raison de l'expiration du bail ou pour toute autre cause, la femme se trouve dans l'impossibilité de rester dans la maison commune, les héritiers doivent lui procurer un logement convenable, soit dans une maison dépendant de la communauté, soit dans une maison à eux appartenant, sinon la femme a le droit de prendre à leurs frais un logement dans une maison étrangère (2).

---

(1) Les droits de la femme à la nourriture et au logement sont suffisamment remplis par une jouissance de fait des valeurs de la succession. — Cass., 10 janvier 1837; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 54.

(2) Le legs de divers objets mobiliers, quelle que soit leur importance, fait par un mari à sa femme, ne prive pas celle-ci du droit de réclamer des héritiers du défunt les aliments de l'an de deuil; mais le legs fait par le mari à sa femme de la maison *qu'ils*

271. — Si la femme se retire dans une maison à elle appartenant, ou dans la maison d'un ami ou d'un parent auquel elle ne paie ni loyer ni pension, elle n'a droit à aucune indemnité pour logement ou pour nourriture.

272. — Toutes ces dépenses doivent être modérées, c'est-à-dire proportionnées à la fortune du mari; nous ajoutons et à la condition de la femme.

Il nous semble, en effet, qu'en réservant à la femme le droit de prendre sur la masse commune la nourriture et le logement des domestiques, le législateur a suffisamment indiqué qu'il voulait non-seulement que la femme ne tombât pas dans le dénûment, mais qu'il voulait encore que la femme, surprise par la mort trop souvent imprévue de son mari, ne fût point obligée de changer tout à coup ses habitudes de vie.

273. — Si l'interprétation que nous venons de proposer n'est pas inexacte, on doit décider que le salaire des domestiques, l'entretien des équipages, tous les frais de maison en un mot sont à la charge de la masse commune.

274. — La nourriture, le logement, le salaire des personnes employées à la culture ou à l'entretien des biens personnels de la femme ne doivent pas être supportés par la communauté, quoique ces personnes

---

habitaient ensemble, rend la veuve non-recevable à réclamer des héritiers une autre habitation ou une indemnité en argent. — Aix, 3 mai 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 640.

La doctrine de cet arrêt doit évidemment être appliquée aux aliments et à l'habitation dont il s'agit dans l'art. 1465 du Code civil.

reçoivent habituellement la qualification de domestiques, car ces frais de salaire, de nourriture, etc., sont une charge des fruits; or, à partir de la dissolution de la communauté, la femme profite des fruits de ses biens personnels.

275. — Quoique la loi ait gardé le silence au sujet de l'entretien, de la nourriture et de l'éducation des enfants nés du mariage, il ne peut être douteux que ces frais soient pour le tout à la charge de la masse commune. Nous inclinerions même à décider pareillement à l'égard des enfants de la femme issus d'un précédent mariage, si ces enfants avaient été pendant la vie du mari entretenus et élevés aux frais de la communauté. Les héritiers du mari pourraient-ils, en effet, s'opposer à ce que les bienveillantes dispositions de leur auteur lui survécussent pendant les quelques jours nécessaires pour que la femme se mette en mesure de faire face aux nécessités de sa nouvelle position?

276. — Au cas où le délai est prorogé, les droits de la femme continuent pendant la prorogation. Cette décision est unanimement acceptée; il n'y a nul motif de la contester.

277. — Quelques auteurs ont enseigné que si la femme avait pris qualité avant l'expiration des trois mois et quarante jours, elle cesserait d'avoir le droit qui lui est conféré par l'art. 1465 du Code civil.

Il se peut que cette doctrine trouve quelque appui dans le texte; mais que gagneraient les héritiers du mari à ce qu'elle passât en jurisprudence? La femme qui tiendrait à être nourrie et logée pendant toute la durée des délais, ne prendrait qualité qu'à leur expiration. Les héritiers auraient subi des lenteurs,

et ils ne profiteraient pas même du prix de quelques jours de nourriture et de logement qu'ils auraient voulu disputer à la femme.

Du deuil de la veuve.

278. — La femme, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit d'obtenir des héritiers du mari une somme destinée à lui fournir son deuil.

279. — Le deuil est une charge des héritiers et non des parents; d'où il suit qu'il ne peut être exigé des héritiers qui ont renoncé.

280. — Le deuil est une charge des héritiers et non de la succession; d'où il suit qu'il est dû par les héritiers lors même que le défunt n'a pas laissé de biens; d'où il suit encore qu'il est dû pour le tout par les héritiers à réserve en concours avec des légataires universels ou à titre universel; qu'il est dû pour le tout par des héritiers non à réserve en concours avec des légataires à titre universel.

281. — S'il n'y a d'héritiers à réserve, ou si ces héritiers ont renoncé, le légatataire universel ou les légataires à titre universel doivent le deuil, car alors ces légataires tiennent la place des héritiers.

282. — La valeur du deuil est fixée selon la fortune et la condition du mari défunt (1), et surtout selon la fortune de ceux qui le doivent fournir (2).

283. — Si les héritiers qui doivent le deuil sont

(1) Les frais du deuil des domestiques de la veuve sont à la charge des héritiers du mari.—Pau, 27 mai 1837.—S., 38, 2, 291.

(2) Nonobstant l'art. 1481, §. 2, Argument de l'art. 208 du Code civil.

dans le dénûment, les tribunaux ont certainement la faculté de ne pas les condamner à fournir le deuil, surtout si la veuve est dans une position de fortune qui lui permet de se le procurer.

284. — Le deuil, comme les aliments, constitue une créance indivisible; comme les aliments, il est insaisissable.

Mais il n'est point privilégié, car il n'y a de créances privilégiées que celles qui sont expressément déclarées telles, et c'est en vain qu'on essaierait de l'assimiler aux frais funéraires.

285. — Quoique les sommes allouées à la femme à titre de deuil aient une destination spéciale, les héritiers n'ont pas le droit de les répéter si elles ne sont pas employées suivant leur destination. Encore moins pourraient-ils contraindre la femme à porter le deuil.

La loi a voulu qu'il fût dans tous les cas possible à la femme de porter le deuil de son mari; mais elle n'a pas permis que la femme fût rappelée par autorité de justice au respect des convenances; qu'elle fût citée devant les tribunaux pour avoir manqué au culte qu'elle doit à la mémoire de son mari.

286. — Si la femme a laissé l'année du décès s'écouler, ou si elle a convolé en secondes noces avant d'avoir pris le deuil et d'avoir formé sa demande, elle est déchue du droit d'exiger son deuil; car il est évident que les sommes qu'elle obtiendrait à ce titre ne recevraient pas leur destination.

287. — La prise de deuil suffit pour empêcher la déchéance du droit de la femme. La femme qui prend le deuil avant d'avoir demandé les sommes qui doivent lui être allouées à ce titre, est considérée comme ayant

fait l'avance de la dette des héritiers : elle a par conséquent trente ans pour former contre eux sa demande en répétition.

Si le deuil n'avait été porté qu'une partie de l'année, la somme à répéter contre les héritiers serait proportionnée à la durée du temps pendant lequel le deuil aurait été porté.

Du retrait d'indivision.

L'acquisition faite par le mari en son nom personnel d'une portion ou de la totalité d'un immeuble dont sa femme est propriétaire par indivis forme un conquêt de communauté (art. 1408, §. 2, C. civ.) (1).

Mais la loi, par une faveur toute particulière, accorde à la femme le droit de retirer l'immeuble, lors de la dissolution de la communauté, en remboursant à la communauté le prix d'acquisition

288. — Ce droit ne porte en rien atteinte aux pouvoirs du mari sur les biens de la communauté ; il constitue seulement une dérogation aux règles du partage. Par conséquent, le retrait ne peut être exercé par la femme au préjudice des aliénations ou des charges que le mari a consenties en sa qualité de chef de la communauté (2).

289. — De ce que le retrait d'indivision se rattache aux opérations du partage, il suit encore que le retrait

(1) Il est évident que le §. 1er de l'art. 1408 ne déroge au principe posé par l'art. 1401, §. 3, que pour le cas où c'est l'époux déjà copropriétaire qui se rend acquéreur de l'immeuble indivis.

(2) Cass., 13 juillet 1826 ; *J. du P.*, 1826, p. 684. — Grenoble, 22 juillet 1825 ; *J. du P.*, 1825, p. 723.

ne peut être exercé lorsque le partage est accompli; que le droit d'exercer le retrait dure autant que le droit d'exiger le partage, à moins toutefois que la femme n'ait, après la dissolution de la communauté, renoncé à ce droit. Nous disons depuis la dissolution de la communauté; car, avant cet événement, le droit n'étant pas ouvert, on n'y peut renoncer.

290. — L'acquisition d'un immeuble dont la femme est déjà copropriétaire est propre à la femme si elle est faite au nom de celle-ci, et il ne peut être question du droit de retrait. Mais si le mari et la femme acquièrent conjointement, l'immeuble ainsi acquis se trouve indivis entre la communauté (art. 1408, §. 1, et 1401, §. 3, C. civ.) et la femme (art. 1408, §. 2). La femme a par conséquent le droit d'exercer le retrait à l'égard de la part indivise qui est un conquêt de communauté (1).

291. — On s'est demandé si les créanciers de la femme peuvent exercer le retrait d'indivision, et, par assimilation du retrait d'indivision au retrait successoral, on a répondu négativement (2).

Mais entre le retrait successoral et le retrait d'indivision il n'y a qu'une similitude apparente. Le retrait successoral, en effet, n'est introduit que pour éviter qu'un tiers intervienne dans des opérations qui doivent s'accomplir en famille. Le retrait d'indivision, au contraire, n'est jamais exercé que dans un intérêt tout pécuniaire, ce qui suffit pour que les créanciers puissent l'exercer.

---

(1) *Contrà*, Caen, 25 février 1837. — S., 38, 2, 154.

(2) Riom, 10 février 1836. — S., 36, 2, 186.

Du droit d'opter entre l'acceptation et la renonciation.

292. — Le droit d'accepter ou de renoncer appartient essentiellement à la femme. Toute convention contraire est illicite (art. 1453, C. civ.).

293. — Ce droit ne s'ouvre qu'à la dissolution de la communauté, c'est-à-dire au moment où il peut être exercé par la femme avec pleine liberté et en connaissance de cause.

Toute acceptation ou toute renonciation faite avant la dissolution de la communauté serait donc nulle.

La Cour de cassation a cependant, par arrêt du 30 juin 1831, reconnu la validité des acceptations anticipées (1). « Attendu, porte cet arrêt, que l'art. 1453, « sainement entendu, n'a pas pour objet de prohiber « l'acceptation anticipée, mais d'établir en principe « général la faculté par la femme d'accepter ou de ré- « pudier la communauté et de rendre illicite toute « convention qui aurait pour but de lui enlever cette « faculté, etc. . . »

Comment donc! la Cour reconnaît que la femme ne peut abdiquer par convention la faculté d'accepter ou de renoncer, et elle admet cependant que la femme se dépouille valablement de cette faculté au moyen d'une acceptation anticipée! Comme si l'acceptation anticipée, nulle lorsqu'elle résulte d'une convention, pouvait être maintenue lorsqu'elle résulte d'un simple acte de la femme.

L'acceptation anticipée est nulle parce qu'elle est anticipée, et non parce qu'elle procède de tel acte

(1) Dalloz, 1831, t. I, p. 245.

plutôt que de tel autre; et si, pour maintenir ou pour annuler l'acceptation anticipée, on pouvait distinguer entre les divers actes d'où elle procède, il serait juste de décider en sens inverse de la doctrine consacrée par la Cour de cassation, de maintenir l'acceptation lorsqu'elle résulte de la convention, parce qu'alors la femme ne peut s'en dégager qu'au mépris de la foi jurée, et de l'annuler dans tout autre cas.

Ce qui a induit la Cour de cassation en erreur, c'est qu'elle n'a vu dans l'acceptation anticipée que l'exercice du droit d'accepter; elle aurait dû y reconnaître l'abdication du droit de renoncer.

La Cour n'a donc pas sainement interprété le texte, ainsi qu'elle prend soin de le déclarer; elle lui a fait subir une violence que rien ne peut justifier; car l'art. 1453 est positif.

294. — La prohibition absolue des acceptations anticipées s'oppose même à ce qu'aucun fait antérieur à la dissolution de la communauté puisse militer contre la présomption de renonciation posée par l'art. 1463 du Code civil, au profit de la femme séparée de biens.

295. — L'option est définitive, si ce n'est au cas de dol ou de violence. Le choix fait ne peut jamais être annulé pour cause d'erreur.

296. — La femme renonçante ne conserve pas la faculté de revenir sur sa renonciation, par application de l'art. 790 du Code civil; car le mari, n'étant pas tenu, comme l'héritier, de consolider ses droits par une acceptation, se trouve, par le seul fait de la renonciation de sa femme, définitivement investi de tous les biens de la communauté.

297. — L'acceptation est expresse ou tacite.

Il y a acceptation expresse toutes les fois que la femme prend qualité dans un acte, soit authentique, soit privé. La forme de l'acte est indifférente; la seule chose qui soit importante, c'est la manifestation d'une volonté sérieuse.

298. — Il y a acceptation tacite, quand la femme fait un acte qui suppose nécessairement l'intention d'accepter, et qu'elle n'aurait droit de faire qu'en qualité d'acceptante (art. 778, C. civ.). Ces deux conditions son également essentielles.

Ce serait donc en vain qu'on prouverait séparément ou que la femme a agi avec l'intention d'accepter, ou qu'elle n'avait le droit de faire qu'en qualité de femme acceptante l'acte dont on prétend induire l'acceptation.

299. — Puisque l'acceptation tacite ne résulte que de l'intention réunie au fait, la femme doit avoir soin, lorsqu'elle accomplit un acte dont le caractère est douteux, de protester de son intention. Elle agirait plus prudemment encore si elle se faisait autoriser par le président du tribunal.

Nous devons, toutefois, faire remarquer que, malgré toute protestation de la part de la femme, malgré même l'autorisation accordée par le président, la femme serait réputée avoir accepté si les deux conditions déterminées par l'article 778 étaient accomplies.

On n'aurait point égard à des mesures de précaution qui n'auraient d'autre but que de déguiser la vérité.

300. — Le recel (1) emporte, dans tous le cas (2), acceptation de la part de la femme, avec privation de sa part dans les objets recélés.

Les effets du recel commis par la femme ne doivent pas tourner contre les héritiers du mari. Ceux-ci peuvent donc obtenir la restitution des objets recélés sans faire déclarer la femme acceptante, s'ils ont intérêt à ce que la femme n'ait pas cette qualité.

301. — Le recélé après renonciation est un vol. Il ne peut, en aucun cas, faire recouvrer à la femme la qualité d'acceptante.

302. — Quant à la renonciation, elle doit se faire par déclaration au greffe. Cependant la renonciation, faite suivant les formes d'une convention, produit effet entre les parties (3).

303. — Aux termes des art. 1456 et 1457 du Code civil, la femme doit, à peine de déchéance de la faculté de renoncer, faire inventaire (4) dans les trois mois

---

(1) Même la simple tentative de recel. — Paris, 25 juin 1828; *J. du P.*, 1828, p. 1593; et Bordeaux, 18 janvier 1838, indiqué à la note qui suit.

Il est évident qu'on ne peut assimiler la tentative de recel au recel lui-même, qu'autant que cette tentative n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. — Paris, 5 août 1839; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 485.

(2) La dispense d'inventaire n'affranchit pas la femme des conséquences du recélé. — Bordeaux, 18 janvier 1838; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 553.

(3) Cass., 6 novembre 1827. — S., 28, 1, 227.

(4) Le défaut d'inventaire ne peut être opposé à la femme, s'il y a déjà un inventaire fait par d'autres personnes intéressées. — *Sic*, Nancy, 28 mai 1828. — D., p. 29, 2, 111; *J. du P.*, 1828, p. 1503.

du jour du décès du mari (1), et elle doit renoncer dans le délai de trois mois et quarante jours à partir de la même époque (2).

304. — L'art. 1458 du Code civil permet de proroger le délai accordé pour renoncer; mais il est muet quant au délai dans lequel l'inventaire doit être fait.

Faut-il en conclure que le défaut d'inventaire dans les trois mois emporte nécessairement acceptation?

Non, certes. Il y aurait au moins exception pour tous les cas où la femme se serait trouvée dans l'impossibilité de faire l'inventaire. Le sentiment d'équité qui commande cette décision est trop énergique pour qu'on puisse avoir la moindre velléité de lui résister (3).

305. — La femme ne peut être contrainte de prendre qualité avant les quarante jours qui suivent la confection de l'inventaire. Si, ce délai expiré, la

---

(1) On pourrait stipuler par contrat de mariage que la femme aura pour faire inventaire un plus long délai (POTHIER, *de la Communauté*, n° 555). Mais cette stipulation n'a d'effet qu'entre la veuve et les héritiers du mari; elle peut être opposée aux tiers.

(2) La jurisprudence décide constamment, et en cela elle est d'accord avec la doctrine, que la femme peut renoncer dans les trois mois sans avoir préalablement fait inventaire; que par conséquent la nécessité de l'inventaire n'est imposée qu'à la femme qui veut conserver après ces trois mois la faculté de renoncer. — Besançon, 23 février 1828; *J. du P.*, 1828, p. 1203.

(3) Nîmes, 19 avril 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 529. — TOULLIER, t. XIII, n° 130. — DURANTON, t. XIV, n° 453. — Paris, 20 janvier 1835. — S., 1835, 2, 473. — Cass., 2 juillet 1838 (implicitement du moins); *J. du P.*, 1838, t. II, p. 20. — Metz, 24 juillet 1824. — D. A., 10, p. 256. — Cass., 22 décembre 1829; *J. du P.*, 1829, p. 1644.

femme refuse d'opter, elle est, au cas de dissolution par suite du décès du mari, présumée avoir accepté; au cas de dissolution de la communauté, par suite de la séparation de biens, elle est au contraire présumée avoir renoncé (art. 1463, C. civ.).

La femme, au cas de séparation de biens, n'est donc pas obligée de faire inventaire pour conserver la faculté de renoncer (1).

La présomption de renonciation à la communauté, au cas de séparation de biens, est fort juste, lorsque la séparation de biens est directement prononcée, parce qu'alors les affaires de la communauté sont dans un tel état de désordre qu'il n'est pas permis de penser que la femme veuille s'y associer.

Mais cette présomption manque du même fondement, lorsque la séparation de biens est la conséquence de la séparation de corps. Cependant il est impossible, sans faire violence au texte de l'art. 1463 du Code civil, de ne pas présumer la renonciation, même dans ce cas.

306. — Tant qu'il n'existe pas contre elle de jugement, ayant autorité de chose jugée, qui lui donne qualité, la femme qui a fait inventaire, lorsque cet inventaire est exigé, conserve le droit d'exercer son option, à moins toutefois que trente ans ne se soient écoulés depuis la dissolution de la communauté. Dans ce dernier cas, en effet, la présomption sous l'empire de laquelle la femme s'est trouvée placée lors de la dissolution de la communauté, est devenue définitive (2).

---

(1) Grenoble, 12 février 1830. — D., p. 32, 2, 181.

(2) *Contrà*, Paris, 22 avril 1840; *J. du P.*, 1840, t. I, p. 673.

307. — Si la communauté se dissout par le décès de la femme, les héritiers de celle-ci ne sont pas tenus de s'entendre pour accepter ou pour renoncer. Chacun prend parti selon son gré : la part des renonçants accroît au mari.

Les acceptants ont les mêmes droits et les mêmes obligations que la femme; mais seulement dans la proportion de leur quote-part héréditaire.

308. — Ceux d'entre les héritiers qui veulent renoncer doivent avoir soin de faire inventaire dans les délais (1). Ceux qui veulent accepter auraient aussi intérêt à faire inventaire, afin de n'être tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument.

309. — Si la femme qui a survécu au mari décède sans avoir pris qualité, ses héritiers ont les mêmes droits qu'au cas de prédécès de la femme. Alors il s'ouvre à leur profit un nouveau délai pour faire inventaire et délibérer; mais ce délai court simultanément pour prendre parti sur la succession de la veuve et sur la communauté.

310. — Les créanciers peuvent attaquer la renonciation faite *en fraude* de leurs droits (art. 1464, C. civ.). Nous croyons qu'il convient d'appliquer cet article suivant sa rédaction textuelle, et de ne pas le modifier d'après l'art. 788 du Code civil, qui permet aux créanciers d'attaquer la renonciation à une succession faite seulement *au préjudice* de leurs droits.

L'art. 1464, en effet, est conforme au principe général de l'art. 1167. Si les art. 1464 et 788 doivent

(1) *Contrà*, Rennes, 11 août 1817; *J. du P.*, 1817, p. 417.

être mis en harmonie, c'est donc sur ce dernier que doit porter la réforme.

D'ailleurs il peut arriver que la renonciation, préjudiciable à certains créanciers de la femme, soit cependant avantageuse à la femme. Dans l'hypothèse, par exemple, où la femme, ayant stipulé la reprise de ses apports mobiliers au cas de renonciation, aurait renoncé, pour effectuer cette reprise plus importante que la part qu'elle prendrait dans la communauté en qualité d'acceptante, dans cette hypothèse, disons-nous, si la femme devait, par le partage des biens de la communauté, obtenir des immeubles, les créanciers ayant hypothèque générale auraient à se plaindre de la renonciation. Mais la femme et les créanciers chirographaires auraient à s'en féliciter. Cette circonstance suffit pour qu'il ne soit ni raisonnable ni juste d'annuler la renonciation; mais on comprend que les magistrats doivent incliner à réputer la renonciation frauduleuse toutes les fois qu'il n'apparaîtra pas de l'intérêt que la femme avait à renoncer.

311. — Quoiqu'il semble résulter *à contrario*, de l'art. 1464, que les créanciers ne peuvent attaquer l'acceptation faite en fraude de leurs droits, nous inclinons à penser que l'acceptation devrait être annulée par application du principe de l'art. 1167. Tel était, du reste, l'avis de Pothier (1). Ne pourrait-on pas d'ailleurs soutenir, avec grande apparence de raison, que si l'art. 1464 n'a pas trait à l'acceptation, c'est qu'en général l'acceptation ne peut causer préjudice à la femme, qui n'est tenue des dettes que jusqu'à

(1) Pothier, *de la Communauté*, n° 559.

concurrence de son émolument, et qu'ainsi cet article ne peut avoir pour effet de modifier les principes généraux.

De la preuve des apports de la femme.

312. — La femme est appelée à faire la preuve de ses apports, soit qu'il s'agisse d'exercer ses reprises, soit qu'il s'agisse d'établir sa libération, dans le cas où elle s'est obligée à apporter des biens jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Les règles de la preuve sont les mêmes dans l'un et l'autre cas.

313. — Deux points sont à examiner : 1°. quels faits la femme doit-elle prouver? 2°. de quelle manière doit-elle en faire la preuve?

314. — 1°. Lorsque l'apport de la femme consiste en biens qui lui appartenaient au moment du mariage, celle-ci doit en prouver le versement effectif entre les mains du mari.

Lorsque au contraire l'apport consiste en biens échus depuis le mariage, la femme doit seulement justifier de l'existence de l'événement qui l'a investie de ces biens.

La raison de cette distinction est facile à apercevoir. La femme pourrait, au moment du mariage, n'être plus propriétaire des biens qui lui ont appartenu avant le mariage; ou même, en supposant qu'elle n'en eût pas perdu la propriété, elle pourrait les avoir soustraits à l'action du mari par suite de mesures prises avant le mariage, c'est-à-dire avant que le mari pût et dût prendre l'administration de ces biens, et veiller à leur conservation. Dans ce cas, la preuve du versement effectif est donc indispensable.

Les biens échus pendant le mariage, au contraire, viennent au pouvoir du mari sans passer par les mains de la femme; car le mari a le droit et le devoir d'en prendre possession au moment même où ils sont échus. Dans ce second cas, par conséquent, le mari doit être présumé avoir perçu les biens de la femme.

Les motifs par lesquels nous venons de justifier la distinction que nous avons posée indiquent assez que cette distinction ne peut s'appliquer qu'aux biens dont la possession est légalement attribuée au mari.

Si les biens échus pendant le mariage sont des paraphernaux, la femme doit prouver la remise de ces biens entre les mains du mari. Il en est de même de ceux échus à une femme séparée de biens; car, dans l'un et l'autre cas, on ne peut présumer que, contre le vœu de la loi, le mari se soit emparé de ces biens.

315. — Quant à la consistance et à la valeur des objets remis au mari, l'obligation de la preuve en incombe toujours à la femme; mais comme le mari est obligé, toutes les fois que les biens de la femme viennent en son pouvoir, d'en faire l'inventaire et d'en dresser état estimatif, il est accordé à la femme une latitude tout extraordinaire, quant aux moyens de preuve (1).

2°. La femme doit, suivant les règles générales, faire preuve par écrit du versement, toutes les fois qu'il lui a été possible de se procurer une telle preuve.

Au cas contraire, tous moyens de preuve lui sont réservés.

---

(1) Voir *infrà*, n° 320.

316. — La preuve des apports de la femme résulte du contrat de mariage, lorsqu'il contient mention du versement des apports aux mains du mari; mais la simple déclaration que les apports de la femme sont de telle valeur, ne constitue pas une preuve du versement. A défaut de mention de la numération faite dans le contrat de mariage, la femme doit prouver le versement de ses apports au moyen d'une quittance de son mari.

317. — Il n'est pas besoin que cette quittance soit authentique (1). La Cour de Besançon a cependant décidé en sens contraire, mais par argument des anciennes ordonnances de la Franche-Comté, qui, suivant le système de l'arrêt, ont continué d'être en vigueur sur ce point, par cela seul que le Code civil ne contient pas de dispositions contraires (2).

Quelques autres arrêts ont confirmé la doctrine de la Cour de Besançon, et sont même allés plus loin, puisqu'ils ont décidé que la quittance même authentique ne fait pas preuve contre les créanciers, si elle ne constate la numération réelle des deniers. Nous pouvons citer, comme ayant décidé dans ce sens, un arrêt de la Cour de Nîmes du 13 février 1810 (3), et un arrêt de la Cour de Toulouse en date du 23 décembre 1818 (4). Mais la Cour de Paris, sans avoir égard à ces décisions, dues au culte trop persévérant des principes anciens, a posé la base d'une jurispru-

(1) *Sic*, Cass., 2 septembre 1806.

(2) Arrêt du 10 mars 1812; *J. du P.*, année 1812, p. 191.

(3) *J. du P.*, 1810, p. 99.

(4) *J. du P.*, 1818, p. 1134.

dence plus en harmonie avec la loi qui nous régit, en décidant, le 26 août 1820, que la déclaration faite par le mari, qu'il a reçu telles sommes de sa femme, fait foi jusqu'à preuve contraire (1); que les créanciers ont le droit de critiquer la quittance comme simulée et frauduleuse, mais que la présomption est en faveur de la sincérité de l'acte.

318. — Par opposition à la jurisprudence qui exigeait une preuve authentique du versement des apports, on a prétendu que la femme doit être, dans tous les cas, admise à prouver par témoins qu'elle a effectué ses apports.

Cette doctrine est contraire non-seulement aux termes précis de l'art. 1502 du Code civil; elle est, de plus, opposée au principe général qui veut que la preuve testimoniale ne soit admise que lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de s'en procurer une autre.

Or, quelle que puisse être l'influence du mari sur sa femme, cette influence n'est pas telle que la femme doive être légalement présumée avoir été contrainte de remettre ses apports au mari sans quittance. La femme ne peut donc être dispensée de présenter une quittance de son mari, que dans le cas où elle établit que le mari s'est emparé, par violence ou par dol, des biens qu'elle avait promis d'apporter, et qu'il a ensuite refusé d'en donner quittance.

319. — Il est presque inutile de rappeler que la nécessité d'une preuve écrite cesse quand les apports sont d'une somme inférieure à 150 francs, ou quand

---

(1) *J. du P.*, 1820, p. 140. — Dans ce sens, MERLIN, *Questions de droit*, v° *Dot*, §. 11.

la femme a un commencement de preuve par écrit (art. 1341, C. civ.).

320. — Le mari est obligé de faire inventorier le mobilier qui échet à sa femme. La loi a sanctionné cette obligation en permettant à la femme de prouver par témoins, ou même par commune renommée, la consistance et la valeur des biens qui lui sont échus (art. 1415, C. civ.).

321. — Quoique le mari ne soit pas admis à faire, par commune renommée, la preuve de la valeur de ses apports personnels, on ne peut cependant lui refuser de contredire les preuves fournies par la femme. Par conséquent, il doit lui être accordé de faire, par témoins, la preuve contraire de celle qui est fournie par la femme.

322. — Quelque incomplets que puissent être les éléments de preuve produits par la femme pour suppléer au défaut d'inventaire, ils doivent être accueillis par les magistrats, car il s'agit de relever la femme des conséquences d'une faute qui n'est pas la sienne.

CHAPITRE IV.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE ET SOUS LE RÉGIME D'EXCLUSION DE COMMUNAUTÉ.

SOMMAIRE.

De la faculté accordée à la femme de reprendre sou apport franc et quitte. — Du préciput couveutiounel. — De la clause par laquelle la femme stipule la faculté de retenir toute la communauté eu payant à sou mari uue somme déterminée. — De la clause qui ne permet à la femme de preudre qu'uue somme fixe pour tout droit de communauté. — Du régime d'exclusion de communauté.

Conformément au plan que nous nous sommes tracé, nous ne traiterons que des clauses qui modifient le régime de la communauté légale en ce qui concerne spécialement la position de la femme.

De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quille.

323. — La clause de reprises d'apports francs et quittes n'a pas pour effet de rendre nulles les charges dont le mari a grevé les apports de la femme. Ainsi, la femme ne peut reprendre ses meubles au préjudice du créancier gagiste, ni ses immeubles ameublis, au préjudice du créancier hypothécaire; elle ne peut même, en vertu de cette clause, retirer ses apports au préjudice des créanciers chirographaires de la communauté. Cette clause constitue seulement la femme créancière de son mari pour raison de l'indemnité qui lui est due, par suite des obstacles qui s'opposent à ce qu'elle reprenne ses apports francs et quittes.

324. — Les anciens auteurs jugeaient que la clause de reprises d'apports francs et quittes était de droit très-étroit; et, en conséquence, ils se livraient à mille subtilités pour en restreindre les effets (1).

Au lieu de procéder logiquement, de prohiber cette clause comme illicite si elle était réellement fâcheuse, ou de la laisser soumise aux règles ordinaires de l'interprétation des conventions si elle ne l'était pas, les rédacteurs du Code civil sont entrés dans les vues de la jurisprudence ancienne. Ils ont consacré la validité de cette clause de reprises d'apports, mais en lui appliquant un système d'interprétation restrictive. C'est ainsi que, suivant l'art. 1514 du Code civil, les effets de cette clause ne peuvent s'étendre au delà des choses formellement exprimées, ni au profit de personnes autres que celles désignées; que la faculté de reprendre le mobilier que la femme a apporté lors du mariage ne s'étend point à celui qui serait échu pendant le mariage; que la faculté accordée à la femme ne s'étend pas aux enfants; que celle accordée à la femme et aux enfants ne s'étend pas aux héritiers ascendants ou collatéraux.

Il était impossible que, pour se soustraire à ce système d'interprétation tout insolite, qui fait produire aux conventions un effet qui n'est point celui que les parties ont voulu y attacher, on ne soulevât pas des difficultés nouvelles.

On n'a pas manqué de le faire. Ainsi, l'on s'est demandé si, lorsque la reprise est stipulée au profit des héritiers de la femme, l'enfant naturel, le légataire

(1) Voir, sur ce point, Toullier, t. XIII, n° 375.

investi de la saisine, peuvent en profiter? Si la faculté de reprendre le mobilier échu par succession s'étend au mobilier échu par donation, etc.? — Toutes ces questions se réduisent à celles-ci : Peut-on se dispenser d'exécuter la loi quand elle est rigoureuse ou peu raisonnable? Peut-on ne pas appliquer la prescription légale, qui porte que la faculté de reprendre les apports francs et quittes ne s'étend qu'aux choses formellement exprimées, et n'a lieu qu'au profit des personnes autres que celles désignées, parce que cette prescription est contraire au principe qui veut « que « l'on recherche dans les conventions quelle a été la « commune intention des parties contractantes, plutôt « que de s'arrêter au sens littéral des termes (art. 1156, C. civ.)?

Or, cette question est du nombre de celles qu'on ne discute pas.

Du préciput conventionnel.

325. — Le préciput est de sa nature un gain de survie et un prélèvement avant partage.

D'où il suit que la femme n'a droit au préciput qu'autant qu'elle a survécu à son mari et qu'elle a accepté la communauté.

Néanmoins le droit au préciput peut être valablement stipulé au profit de la femme renonçante, ou même de ses héritiers.

326. — La loi pose en principe que, tant que la condition du gain du préciput est suspendue, le mari reste en possession du préciput, à la charge de donner caution.

Lorsque la condition du gain du préciput stipulé

en faveur de la femme vient à défaillir, la caution du mari est déchargée; lorsque la condition du gain du même préciput vient à s'accomplir, la possession du mari doit cesser et le préciput être remis à la femme.

327. — Il est facile de suivre dans l'application les conséquences de ce principe.

Il est évident que, dans le cas où les caractères légaux du préciput ne sont pas modifiés par des conventions particulières, si la femme renonce à la communauté, le mari se trouve définitivement propriétaire des objets affectés au préciput de la femme, et qu'il n'est pas tenu de donner caution.

Que si la femme accepte la communauté, le partage doit se faire comme si le préciput n'avait pas été stipulé.

Le mari, par conséquent, n'est mis en possession que de la moitié du préciput, car l'autre moitié appartient définitivement à la femme, avant même que la condition de survie se soit réalisée.

Si le préciput est stipulé au profit de la femme même renonçante, mais non au profit de ses héritiers, le mari doit, au cas de renonciation de la femme, rester en possession de tout le préciput, à la charge de donner caution. Cette hypothèse est celle qui est prévue par l'art. 1518 du Code civil.

Si le préciput est stipulé même au profit des héritiers de la femme et au cas d'acceptation, le mari doit se dessaisir du préciput sitôt que la femme ou ses héritiers ont accepté.

Enfin, si le préciput est stipulé au profit des héritiers de la femme, même pour le cas de renonciation

à la communauté, la femme ou ses héritiers ont droit de poursuivre la délivrance du préciput immédiatement après la dissolution de la communauté.

328. — Tant que la question du gain du préciput n'est pas décidée, le mari a sur le préciput un droit de propriété résoluble, la femme un droit suspendu. La position respective des époux, quant au préciput, est donc parfaitement analogue à celle qui existe entre le vendeur et l'acheteur quand la vente est faite sous condition suspensive.

D'où il suit que les fruits appartiennent au mari jusqu'au moment où s'accomplit la condition à laquelle les droits de la femme sont subordonnés ;

Que le mari est tenu des charges de l'administration, ces charges excédassent-elles les fruits ;

Que le mari n'a pas la faculté de refuser de prendre l'administration avec ses charges et ses avantages.

La seule chose qu'il puisse obtenir, dans le cas où il ne lui serait pas possible d'administrer lui-même, c'est que le préciput soit remis à un tiers désigné par justice, tiers qui administrera sous sa responsabilité personnelle, et en même temps sous la responsabilité du mari.

Dans ce cas et dans celui où le mari ne peut fournir caution, les tribunaux peuvent ordonner que le préciput soit remis à la femme elle-même, mais à la charge de donner caution pour la restitution du préciput et des fruits.

329. — Le mari doit-il, dans le cas où le préciput est stipulé en sa faveur et où la communauté se dissout par la séparation de corps, être mis en possession

du préciput jusqu'à l'événement de la condition d'où dépend le gain du préciput (1)?

La femme se trouvant, par l'acceptation, propriétaire sous condition résolutoire de la moitié du préciput dont le mari est propriétaire sous condition suspensive, a droit à la jouissance du préciput jusqu'à l'événement de la condition : cette circonstance nous semble suffisante pour que la femme soit mise en possession, par préférence au mari.

L'hypothèse où nous nous plaçons est d'ailleurs inverse de celle qui est prévue par l'art. 1518; il convient, par conséquent, d'attribuer à la femme la position qui, par cet article, est faite au mari, et réciproquement.

De la clause par laquelle la femme stipule la faculté de retenir toute la communauté en payant à son mari une somme déterminée.

330. — La femme qui prend, en vertu de cette clause, la totalité des biens peut être poursuivie pour la totalité des dettes, car celui qui prend une universalité de biens est tenu de payer toutes les dettes qui la grèvent.

331. — Mais la femme peut opposer, soit aux créanciers, soit à son mari qui aurait payé des dettes de la communauté, la prérogative qu'elle a de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument, et cela malgré toutes conventions contraires (art. 1387, C. civ.).

332. — Il importe de ne pas confondre avec cette

(1) Cette question ne peut s'élever si la femme renonce, car dans ce cas le mari prend tous les biens de la communauté.

clause celle par laquelle la femme s'*oblige* à prendre toute la communauté en payant une somme déterminée. Cette dernière stipulation constitue une acceptation anticipée, et, comme telle, elle est nulle (art. 1453, C. civ.).

De la clause qui ne permet à la femme de prendre qu'une somme fixe pour tout droit de communauté.

333. — Une telle clause dépouille évidemment la femme du droit d'accepter. Or, aux termes de l'article 1453 du Code civil, toute convention qui porte atteinte à la faculté d'accepter ou de renoncer est nulle.

Il est cependant impossible d'annuler la stipulation dont il s'agit, puisque la loi en a réglé les effets dans les art. 1520 et 1524 du Code civil.

Pour concilier ces oppositions qui sortent évidemment des textes, il faut nécessairement réputer mariée sous le régime d'exclusion de communauté la femme qui, à la dissolution, n'a droit qu'à la reprise d'une somme fixe. Comment d'ailleurs soutenir qu'il existe une communauté d'intérêts entre la femme et le mari, quand la femme a droit à une somme fixe, quelle que soit la bonne ou la mauvaise fortune des affaires gérées par le mari.

334. — Il y a cependant entre les droits de la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté, tel qu'il est organisé par les art. 1530 et suivants, et la position de la femme mariée sous l'empire des conventions matrimoniales prévues par les art. 1520 et 1524, cette différence, à savoir, que dans le cas des art. 1520 et 1524 la femme ne reprend point les objets

par elle apportés, tandis que sous le régime d'exclusion de communauté la femme reprend ses apports.

Nous n'apercevons contre l'interprétation que nous donnons des art. 1520 et 1524 d'autre objection que celle qui résulte de l'intitulé du chapitre où ces articles sont placés. Mais cette objection n'est pas de nature à prévaloir sur la nature même des choses.

Du régime d'exclusion de communauté.

335.—Sous le régime d'exclusion de communauté, la femme conserve la propriété de ses biens personnels; le mari n'a sur ces biens qu'un droit de jouissance et d'administration.

La position de la femme sous ce régime a donc pendant le mariage la plus grande analogie avec la position de la femme mariée sous le régime dotal. C'est pourquoi pour tout ce qui concerne les droits respectifs des époux, nous ne pouvons que renvoyer aux observations que nous présentons au chapitre du régime dotal.

Quelques questions doivent cependant être traitées ici :

336. — Sous le régime d'exclusion de communauté, le mari perçoit tous les fruits, tous les revenus des biens de la femme, à la charge de pourvoir seul aux besoins du ménage.

On a prétendu que ces revenus, s'ils ont excédé les charges du mariage et s'ils ont ainsi enrichi le mari, constituent un avantage sujet à réduction. A l'appui de cette doctrine, on a cité un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1808 (1).

(1) *Journal du Palais*, 1808, p. 702.

L'art. 1527 s'oppose évidemment à ce qu'il soit ainsi décidé. En effet cet article porte que les économies sur les revenus respectifs ne constituent jamais un avantage sujet à réduction. Or, le mari ne profite sous le régime d'exclusion de communauté que des revenus des biens de sa femme.

Quant à l'arrêt de cassation, il ne vient aucunement en aide à la doctrine que nous combattons. Il décide en effet que si la totalité de la communauté mobilière est attribuée à l'un des époux, cela peut constituer un avantage sujet à réduction.

Cette décision est parfaitement juste, car la communauté ne se compose pas seulement de fruits et de revenus, mais encore de tout le mobilier des époux; tandis que sous le régime d'exclusion de communauté, le mari ne profite, ainsi que nous venons de le dire, que des revenus des biens de sa femme.

337. — La restitution des biens se fait, non suivant les règles du régime dotal, mais suivant les règles du régime de la communauté. Car, bien que rien ne soit plus opposé au régime de la communauté que le régime d'exclusion de communauté, il résulte de l'économie du Code que c'est au régime de la communauté qu'on doit aller puiser pour combler les lacunes qui se trouvent au titre du régime de l'exclusion de communauté.

Le mari doit donc restituer immédiatement après la dissolution du mariage les biens personnels de sa femme. Les juges cependant auraient la faculté d'accorder des délais modérés (art. 1244, C. civ.).

338. — Par le même motif le partage des fruits

pour la dernière année ne se fait pas suivant les règles de l'art. 1571 du Code civil.

Mais il est évident qu'on ne peut appliquer au régime d'exclusion de communauté les règles qui ne sont que la conséquence d'une société entre les époux. Aussi croyons-nous que c'est à tort que M. Duranton enseigne (1) que la femme doit indemnité au mari pour les frais de culture dont il ne profite pas par suite de la dissolution de la communauté avant la perception des fruits. Cette doctrine repose sur une fausse analogie tirée de ce qui a lieu lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

En effet, si les règles de l'usufruit fléchissent quand les rapports d'usufruitier à nu propriétaire s'établissent entre la communauté et un des époux, elles conservent tout leur empire quand les mêmes rapports s'établissent directement entre les époux.

339. — Il ne faut pas non plus faire application au régime d'exclusion de communauté des dispositions de l'art. 1408 relatives au retrait d'indivision.

D'après l'art. 1408 en effet, le retrait d'indivision s'exerce contre la communauté, non contre le mari, puisque l'immeuble, quoique acquis au nom du mari, est un conquêt de communauté. Le droit de retrait n'étant en outre exercé qu'à la dissolution de la communauté n'est qu'un mode particulier de partage, tandis que s'il pouvait être dirigé contre le mari, il constituerait une véritable spoliation.

Un arrêt de la cour de Limoges, en date du 12

(1) Duranton, t. XV, n° 268.

mars 1828 (1), a cependant été jusqu'à décider que le retrait d'indivision s'applique à tous les régimes, par le motif que le principe en est posé dans le Code d'une manière générale. Des assertions d'une telle hardiesse sont la condamnation de l'opinion à l'appui de laquelle elles sont faites.

340. — La femme sous le régime d'exclusion de communauté peut exiger son deuil, car l'obligation de fournir le deuil étant une charge personnelle des héritiers du mari, le droit au deuil ne dérive pas de ce qu'il a existé une communauté de biens entre les époux.

341. — Mais la femme n'a pas droit aux aliments et à l'habitation pendant les trois mois et quarante jours qui suivent le décès du mari; car les aliments et l'habitation ne sont accordés à la femme pendant ce temps que dans la crainte que, pour se tirer de la situation fâcheuse où elle pourrait se trouver si des aliments lui étaient refusés, elle ne prenne parti avec trop de précipitation. Ces aliments sont d'ailleurs une charge de la masse, tandis que sous le régime d'exclusion de communauté ils seraient nécessairement une charge personnelle des héritiers.

342. — L'art. 1534 du Code civil constate que la femme peut se réserver de toucher certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. Ce texte a pour but de maintenir dans son intégrité le principe de la liberté des conventions et non de les restreindre. Par conséquent il ne faut pas en conclure que la femme ne stipulerait pas valablement qu'elle

(1) D., p. 29, 2, 127.

aura le droit de toucher sur ses seules quittances une portion de ses revenus supérieure à ce qui lui est nécessaire pour son entretien et ses besoins personnels.

343. — Dans le cas d'une telle stipulation, la femme doit, par analogie de ce qui est décidé lorsqu'elle a des paraphernaux ou qu'elle est séparée de biens, contribuer aux charges du ménage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. D'où nous concluons que si les sommes nécessaires pour subvenir d'une manière convenable à l'entretien et aux besoins personnels de la femme ne s'élèvent pas au tiers des revenus, le surplus jusqu'à concurrence de ce tiers doit être remis au mari. Mais si les sommes employées à subvenir aux besoins personnels et à l'entretien de la femme absorbent le tiers des revenus, il est évident que la femme ne doit rien remettre à son mari pour les charges du mariage, car en subvenant à son entretien et à ses besoins personnels, la femme a acquitté des charges du mariage.

CHAPITRE V.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DOTAL.

SOMMAIRE.

Droits respectifs des époux sur les biens dotaux. — De l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux. — Exceptions au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. — Du remploi. — De la restitution de la dot. — Du partage des fruits. — Des biens paraphernaux.

Droits respectifs des époux sur les biens dotaux.

344. — La femme est seule propriétaire des biens dotaux (1); le mari n'a que la jouisance de ces mêmes biens.

Cette proposition est combattue par M. Troplong, qui soutient que le mari est propriétaire de la dot : cet auteur déclare *qu'il ne voit rien dans le Code civil d'assez formel pour repousser la théorie du droit romain* (2).

Quel texte cependant pourrait être plus formel que l'art. 1552 du Code civil, qui porte, en termes exprès,

---

(1) Cette proposition ne s'entend pas des choses qui, se consommant par l'usage, deviennent nécessairement la propriété de quiconque en a l'usufruit (art. 586, C. civ.), ni des objets dont la propriété a été transférée au mari, soit expressément (art. 1552, C. civ.), soit tacitement, au moyen d'une estimation (art. 1551, C. civ.).

Lorsque le mari devient propriétaire des objets donnés en dot à la femme, la dot consiste dans la créance de la femme contre le mari.

(2) Troplong, *Prescription*, n° 483.

que le mari n'est pas propriétaire de l'immeuble dotal, même lorsqu'il en est fait estimation? Quel texte pourrait être plus formel que l'art. 1551 du Code civil, suivant lequel le mari ne devient propriétaire du mobilier, que si ce mobilier a été estimé sans déclaration que l'estimation ne vaut pas vente, c'est-à-dire que s'il résulte des circonstances que ceux qui ont constitué la dot ont voulu, contrairement au droit commun, rendre le mari propriétaire du mobilier dotal.

M. Troplong objecte que l'art. 1549, §. 2, du Code civil attribue au mari des pouvoirs qui sont bien plus étendus que ceux d'un usufruitier, des pouvoirs qui ne peuvent appartenir qu'à un propriétaire.

Nous répondons d'abord que, si le mari est propriétaire de la dot, il est au moins étonnant que la loi ne l'ait pas déclaré d'un manière expresse, et qu'au contraire il soit dit au §. 1er de l'article dont M. Troplong argumente que le mari a l'administration des biens dotaux.

Nous faisons observer en second lieu, que les pouvoirs dont il est question au §. 2 de l'art. 1549 ne sont incompatibles avec la non-propriété du mari qu'autant que ce texte est interprété sous l'influence de l'idée que le mari est propriétaire.

En effet, aux termes de cet article, le mari a

1°. Le droit de percevoir les fruits et les intérêts. Ce droit ne révèle assurément que la qualité d'usufruitier;

2°. Le droit de recevoir le remboursement des capitaux. Les capitaux (car, dans le langage de la loi, capitaux signifie argent) sont, en qualité de choses

fongibles, la propriété du mari; celui-ci a donc le droit d'en recevoir le remboursement, sans que cela puisse tirer à conséquence, quant à la propriété des choses non fongibles;

3°. Le droit de poursuivre les débiteurs. Ce droit appartient à tout usufruitier. En effet, l'usufruitier d'une créance a le droit d'en toucher le montant;

4°. Le droit de poursuivre les détenteurs des objets dotaux. C'est sur ce point que se concentre l'objection tout entière.

Or, l'usufruitier, comme le propriétaire, a le droit de poursuivre les détenteurs des objets soumis à son usufruit; seulement, le résultat des poursuites intentées par l'usufruitier n'aura pas contre le nu propriétaire autorité de chose jugée.

Cette disposition de l'art. 1549 ne prouverait donc que le mari est propriétaire de la dot qu'autant qu'il serait démontré que l'action intentée par le mari contre les détenteurs des biens dotaux aurait force de chose jugée contre la femme.

M. Troplong affirme qu'en effet l'action intentée par le mari a contre la femme autorité de chose jugée. D'où il conclut que l'art. 1549 ne peut s'expliquer que par les principes du droit romain, et, par suite, que ces principes doivent prévaloir sur les termes de l'art. 1552. Mais l'affirmation est tout arbitraire, ce qui fait que la conclusion n'est qu'une pétition de principe.

Nous, au contraire, au lieu de ne pas tenir compte des dispositions expresses des art. 1551 et 1552 afin de mettre ces articles en harmonie avec le sens douteux de l'art. 1549, nous nous appuyons sur le

texte des art. 1551 et 1552, qui posent en principe que le mari n'est pas propriétaire de la dot, et nous décidons que l'action exercée par le mari, en vertu de l'art. 1549, n'a pas autorité de chose jugée contre la femme.

Nous avons, en procédant ainsi, moins de déférence que M. Troplong pour la doctrine des jurisconsultes de Rome; mais qu'importe, si notre décision est plus conforme à la loi qui nous régit!

345.—Toullier repousse aussi l'opinion de ceux qui pensent que le mari a l'usufruit des biens dotaux, mais en s'appuyant sur des principes tout opposés à ceux qui sont adoptés par M. Troplong.

Cet auteur enseigne que le mari n'a sur les biens de la femme que des droits purement mobiliers, droits qui ne constituent pas un démembrement de la propriété de la femme, qui par conséquent n'ont rien de commun avec la constitution d'usufruitier.

Avant de discuter le mérite de cette opinion, il convient de rechercher en quoi elle diffère de celle qui attribue au mari l'usufruit des biens dotaux.

Le droit d'usufruit contient toujours le droit de percevoir les fruits et d'en jouir; mais le droit de percevoir les fruits et d'en jouir ne constitue pas un droit d'usufruit.

Le droit d'usufruit, comme le droit de propriété, a pour objet la chose même qui produit les fruits. Le droit d'usufruit est immobilier s'il porte sur un immeuble. Au contraire, le simple droit de percevoir les fruits et d'en jouir a les fruits eux-mêmes pour objet, il est toujours un droit mobilier. Tant que les fruits n'existent pas, le simple droit de percevoir les

fruits est donc sans objet, et ne constitue qu'une chance, qu'une espérance, tandis que le droit d'usufruit est préexistant aux fruits.

Il suit de là que, si le mari a l'usufruit de la dot, ses créanciers peuvent faire saisir et faire vendre le droit d'usufruit, et dépouiller ainsi le mari des avantages à venir; que si au contraire le mari n'a que le droit de percevoir les fruits de la dot, ses créanciers ne peuvent saisir que les fruits au fur et à mesure qu'ils sont produits.

Tel est le résultat pratique de la différence théorique, assez subtile d'ailleurs, que nous signalons.

La doctrine de Toullier a donc pour effet de rendre plus difficile le détournement de la dot de sa destination légale, et en cela elle rentre dans l'esprit de la loi.

Elle s'appuie en outre sur le texte de l'art. 1549 dans lequel il semble que la qualification d'usufruit soit refusée à dessein aux droits du mari, afin que ces droits ne soient pas confondus avec les droits attribués à l'usufruitier.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que le mari doit être considéré comme ayant sur les biens dotaux un véritable droit d'usufruit.

En effet, ces termes de l'art. 1549 « le mari aura *le droit de percevoir les fruits* » ne nous paraissent pas devoir être plus exclusifs du droit d'usufruit que ces expressions analogues de l'art. 1401 « la communauté se compose activement de tous les fruits, revenus, etc. »

Il ne faut pas d'ailleurs se préoccuper de cette idée que si le mari avait l'usufruit des biens dotaux, les créanciers pourraient s'emparer de cet usufruit au

préjudice de la famille. L'usufruit des biens dotaux étant grevé des charges du ménage ne peut, quelle que soit la nature des pouvoirs du mari, être saisi et vendu que pour la portion qui se trouve libre des charges. S'il arrivait que cette portion fût arbitrée de sorte qu'il ne fût qu'imparfaitement pourvu aux besoins de la famille, la femme aurait la faculté de faire cesser les effets de la saisie en poursuivant sa séparation de biens qui mettrait fin à l'usufruit du mari (1).

Ainsi se trouve justifié le principe que nous posions en commençant, à savoir, que le mari a sur les biens dotaux un droit d'usufruit et d'administration, mais rien qu'un droit d'usufruit et d'administration, et que la femme a seule la propriété de ces mêmes biens.

346. — De ce principe résultent les conséquences suivantes :

Première conséquence. La femme a seule le droit d'aliéner ses biens dotaux.

On a prétendu (2) que le mari peut aliéner les meubles dotaux, quand les besoins d'une bonne administration l'exigent.

Les auteurs qui soutiennent cette doctrine s'appuient surtout sur divers textes du droit romain. Mais, et nous ne devons pas nous lasser de répéter cette observation, rien n'est moins rationnel que de chercher des raisons de décider dans le droit romain, puisque les principes du droit romain, relativement aux pouvoirs du mari sur la dot, sont absolument différents de ceux que le Code civil a consacrés.

---

(1) PROUDHON, *Usufruit*, t. II, n° 341.

(2) ZACHARIÆ, t. III, §. 535.

A défaut du droit romain, notre législation aurait pu fournir à l'opinion que nous combattons quelques inductions que nous ne voulons pas dissimuler. Dans certains cas, en effet, le pouvoir d'administrer comprend le pouvoir d'aliéner le mobilier; mais il n'en est ainsi que lorsque le droit d'administrer est exercé par un propriétaire qui se trouve privé de l'exercice d'une partie des prérogatives attachées au droit de propriété : tel est le mineur émancipé, telle est la femme séparée de biens.

Or, cette extension des limites du droit d'administrer dont on conçoit à merveille la légitimité lorsque l'administration est remise au propriétaire lui-même, ne pourrait se justifier lorsque l'administrateur est un autre que le propriétaire.

En effet, il est de principe que l'administrateur n'a pas le droit d'aliéner les choses dont il a l'administration quand même l'aliénation serait avantageuse pour le propriétaire, car la loi n'a pas sacrifié aux intérêts pécuniaires le prix d'affection qui s'attache à la propriété.

Ce principe est applicable au mari lui-même, et ce qui le prouve c'est que, sous le régime de la communauté, le mari ne peut aliéner les meubles de sa femme, même dans l'intérêt d'une bonne administration (1). Or, le mari n'a pas moins de pouvoir comme administrateur sous le régime de la communauté que sous le régime dotal.

Si le mari ne peut aliéner les biens dotaux, on doit en conclure qu'il ne peut céder par voie de transport

(1) Toullier, t. XII, n° 379.

les créances dotales dont la propriété ne lui a pas été transmise. Cela ne nous semble pouvoir souffrir aucune difficulté, quoique le contraire ait été soutenu (1).

347. — *Deuxième conséquence*, qui n'est qu'un corollaire de la première. — Les créanciers du mari ne peuvent ni faire saisir, ni faire vendre la propriété des biens dotaux. Leurs droits ne s'exercent que sur l'usufruit de ces biens.

348. — *Troisième conséquence*. — L'exercice par le mari seul des actions relatives aux biens dotaux, ne peut préjudicier à la propriété de la femme. En d'autres termes, les jugements rendus contre le mari à l'occasion des biens dotaux n'ont pas contre la femme l'autorité de la chose jugée.

On reconnaît unanimement que, sous le régime de la communauté, le mari ne peut exercer les actions

(1) ZACHARIÆ, t. III, §. 535. — Ce que nous venons d'établir ne fait en rien obstacle à l'application des principes ordinaires du mandat; ainsi, l'aliénation faite par le mari en vertu du mandat que sa femme lui aurait donné doit évidemment être réputée faite du consentement de la femme.

Il convient de faire remarquer que le mandat donné, même par contrat de mariage, est essentiellement révocable. Toutefois, pour se mettre vis-à-vis des tiers à l'abri des effets des actes d'aliénation que le mari consentirait seul malgré la révocation du mandat, la femme doit, après s'être fait remettre par le mari l'expédition primitive du contrat de mariage, faire annexer à ce contrat de mariage l'acte de révocation du mandat, pour qu'il n'en soit plus délivré d'expédition qu'avec mention de la révocation (art. 2004, C. civ.).

Ce mandat serait révoqué de droit par la séparation de biens, car il ne peut survivre au régime matrimonial dont il est l'accessoire.

immobilières qui appartiennent à sa femme. Nous avons démontré que, sous le même régime, le mari ne peut exercer les actions mobilières dont la femme a conservé la propriété (1).

Or, les motifs qui empêchent le mari sous le régime de la communauté d'exercer seul les actions qui appartiennent à la femme, n'ont rien de particulier à ce régime; ils dérivent des principes de droit les plus généraux, à savoir, que le pouvoir d'administrer ne comprend pas le pouvoir d'aliéner, et que celui qui ne peut aliéner n'a pas le droit de livrer le sort de la propriété aux hasards d'un procès.

Existe-t-il quelques motifs particuliers pour que le pouvoir d'administration qui appartient au mari sur les biens dotaux soit étendu d'une manière exorbitante? C'est là toute la question.

Déjà, en établissant que les principes de notre droit, relativement aux pouvoirs du mari, sont complétement opposés aux principes du droit romain, nous avons fait justice de l'un des arguments principaux sur lesquels se fonde l'opinion suivant laquelle le mari a sur les biens dotaux des pouvoirs tout exceptionnels. En effet, il n'est point permis de tirer aucune induction de ce que, dans le droit romain, le mari pouvait exercer seul les actions relatives à la dot, puisque le mari agissait comme propriétaire, et non comme simple administrateur.

Restent les arguments déduits du texte de l'article 1549 du Code civil.

Suivant cet article, le mari *a seul le droit de pour-*

(1) Voir *suprà*, n° 207.

suivre les détenteurs et débiteurs des biens dotaux. D'où l'on conclut que le mari *a le droit d'exercer seul* les actions relatives à la dot.

Cette conclusion est réputée irrésistible comme conforme à un texte précis. Certes il y a là de quoi surprendre, car la violation du texte est manifeste. L'article 1549 porte que le mari *peut seul exercer* les actions relatives à la dot, et l'on décide comme si ce texte portait que le mari *peut exercer seul* les mêmes actions !

Pour nous, nous acceptons le texte tel qu'il est, mais non tel qu'on le fait. C'est pourquoi nous admettons, d'après l'art. 1549, que la femme ne peut, sous prétexte qu'elle a la propriété des biens dotaux et qu'elle est intéressée à leur bonne administration, faire les divers actes énumérés dans cet article (1) ; et nous nous refusons à conclure de ce texte que le mari puisse, sans le concours de sa femme, faire les actes qui intéressent le droit de propriété.

L'observation suivante vient justifier surabondamment la fidélité scrupuleuse avec laquelle nous nous appliquons le texte de l'art. 1549. L'ancienne jurisprudence refusait au mari le droit d'exercer les actions réelles concernant la propriété des immeubles dotaux (2). Il est certain que le Code civil est moins favorable à l'extension des pouvoirs du mari que n'étaient les législations anciennes. Par conséquent, on ne peut admettre que ces mots : le mari *a seul droit*

---

(1) Voir l'art. 1560 du Code civil.

(2) Rousilhe, t. I, n° 215. — Arrêt de Bordeaux ci-dessous cité.

de poursuivre les détenteurs des biens dotaux, signifient que le mari peut exercer seul les actions relatives à la propriété des immeubles dotaux. Or, comme dans le même article la loi ne distingue pas entre les meubles et les immeubles, qu'elle parle des débiteurs en même temps que des détenteurs, il faut nécessairement reconnaître que le mari ne peut exercer seul ni actions mobilières ni actions immobilières relatives à la propriété des biens dotaux.

Nous ne croyons pouvoir mieux corroborer les raisons que nous venons de déduire qu'en rapportant l'arrêt suivant de la Cour de Bordeaux, quoique cet arrêt consacre une doctrine contraire à la nôtre : « *Attendu* », porte cet arrêt, « *qu'en droit les actions réelles ne « peuvent être valablement exercées que contre le « propriétaire de la chose;*

« Que dans la jurisprudence antérieure au Code qui « nous régit, toutes actions immobilières, même celles « résultant de la dot, résidaient sur la tête de la « femme;

« Que l'art. 1549 a innové sur ce point; qu'en « effet il en résulte que le mari a seul le droit de « poursuivre les détenteurs de la dot;

« Mais qu'on ne saurait induire de cette exception « au droit commun, que la femme, *même en défen- « dant*, soit dépouillée de toutes les actions immobi- « lières relatives au fonds dotal (1).... »

Ainsi, si la Cour cède devant l'autorité des doctrines établies, elle ne cède qu'à demi, car elle ne reconnaît le droit du mari que lorsqu'il l'exerce en demandant;

(1) Bordeaux, 16 mars 1827. — S., 1828, p. 2, 49.

elle ne cède qu'en protestant, car elle déclare que l'art. 1549 est contraire au droit commun et à la jurisprudence antérieure. Nous ne craignons pas de le dire, si la Cour eût examiné de plus près la contexture de l'art. 1549, elle aurait reconnu que cet article ne sort pas du droit commun, qu'il ne déroge pas à la jurisprudence ancienne; elle n'aurait pas consacré cette doctrine singulière suivant laquelle le mari, qui, lorsqu'il s'agit d'action relative à la dot, n'a pas qualité pour défendre seul, aurait qualité pour intenter seul la demande.

349. — *Quatrième conséquence.* — Le mari ne peut procéder seul au partage des biens dotaux, soit en demandant, soit en défendant.

Le partage du moins ne serait que provisionnel.

Cette conséquence, qui trouve un point d'appui inébranlable dans l'art. 818 du Code civil, confirme celle que nous avons déduite au numéro précédent.

En effet, si le mari ne peut procéder seul à un partage mobilier ou immobilier qui intéresse sa femme, n'est-il pas logique d'en conclure que le mari ne peut exercer seul aucune autre action, soit mobilière, soit immobilière, appartenant à sa femme?

350. — *Cinquième conséquence.* — Le mari ne peut recevoir seul le compte de tutelle de sa femme.

Le contraire a cependant été jugé par la Cour de Montpellier, le 20 janvier 1830 (1). Nous signalons cette décision, seulement pour faire voir jusqu'à quel point la jurisprudence s'est égarée dans la détermination des pouvoirs du mari sur les biens de la femme.

(1) Sirey, 30, 2, 121. — *Sic*, Duranton, 15, 405.

351. — Du principe que le mari a l'usufruit des biens dotaux il suit que les obligations contractées par la femme durant le mariage ne sont exécutoires que sur la nue prp riété de ces mêmes biens.

Si cependant la femme s'obligeait avec autorisation de son mari, les effets de l'engagement qu'elle contracterait s'étendraient jusque sur l'usufruit des biens dotaux (argum. des art. 1419, 1556 et 1416 C. civ.).

Quant aux créances antérieures au mariage, leur paiement ne peut, lors même que ces créances ont date certaine, être poursuivi que sur la nue propriété des biens dotaux; car la constitution de dot est une aliénation de l'usufruit, et les créanciers ne peuvent exercer leurs droits que sur les biens qui sont dans le patrimoine de leur débiteur (1).

352. — Nous faisons, toutefois, observer que cette conséquence n'est pas opposable aux créanciers qui

---

(1) On ne peut tirer argument en sens contraire de ce que, d'après l'art. 1410 du Code civil, sous le régime de la communauté, le paiement des dettes ayant date certaine autérieure au mariage, peut être poursuivi sur la pleine propriété des biens qui, sortis du patrimoine de la femme, sont tombés dans la communauté; car, s'il en est ainsi, c'est que ces dettes tombent elles-mêmes dans la communauté; de sorte que la communauté se trouve directement tenue de les acquitter (art. 1409, §. 1, C. civ.).

Ce qui démontre la justesse de notre observation, c'est que le paiement des dettes immobilières (à moins toutefois que, par l'effet d'une clause spéciale, elles ne tombent en communauté) ne peut être poursuivi que sur la nue propriété des biens dont l'usufruit est sorti du patrimoine de la femme en tombant dans la communauté. — *Contrà*, Paris, 23 janvier 1832. — D., p. 32, 2, 74.

ont un droit de suite sur les immeubles dotaux. Ainsi, les créanciers hypothécaires poursuivraient valablement l'usufruit de l'immeuble entre les mains du mari, comme entre les mains de tout autre détenteur hypothécaire. — Ainsi encore, si la dot avait été constituée à titre universel, ou si elle avait été constituée à titre particulier, mais avec charge pour le mari d'acquitter les dettes, les créanciers agiraient sur l'usufruit du mari, et cela, soit que la dot ait été constituée par un tiers, soit qu'elle ait été constituée par la femme elle-même.

353. — Du même principe il suit encore que le mari est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier.

Cette conséquence, quoique positivement consacrée par l'art. 1562, n'est pas d'une exactitude absolue. Car l'usufruitier doit donner caution, et le mari en est dispensé. D'autre part, le mari est tenu de certaines obligations qui ne sont pas imposées à l'usufruitier. Ainsi, l'usufruitier est seulement tenu de dénoncer au nu propriétaire les usurpations (art. 614, C. civ.); le mari doit interrompre les prescriptions qui courent contre les biens dotaux (art. 1562, §. 2, C. civ.).

354. — Nous devons, en terminant sur ce sujet, faire observer que l'on peut toujours, par des conventions particulières, restreindre ou étendre les droits ou les obligations du mari sur les biens dotaux.

Mais, si ces modifications sont portées au delà de certaines limites, les conventions matrimoniales cessent de présenter les caractères essentiels au régime dotal et sont régies par des règles différentes. Ainsi, s'il est sti-

pulé que la femme aura l'administration et la jouissance des meubles dotaux, ces meubles dotaux ne sont en réalité que des paraphernaux, et les dispositions du chapitre des paraphernaux leur sont seules applicables (1). Si, en sens inverse, il était stipulé que le mari aura la propriété des biens dotaux, et qu'il sera affranchi de l'obligation de restituer ces biens, le régime dotal n'existerait que de nom. La femme aurait, en réalité, fait une donation à son mari ; donation qui serait certainement régie par les dispositions de l'art. 1527 du Code civil ; car, en toute circonstance, c'est la nature de la convention qu'il faut exclusivement considérer pour en déterminer les effets.

De l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux.

355. — Les immeubles dotaux sont inaliénables (art. 1554, C. civ.), sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les immeubles, par nature, par destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent (art. 517, C. civ.).

Sont donc inaliénables, comme l'immeuble lui-même, les actions tendant à revendiquer un immeuble, les actions en rescision d'un contrat ayant un

(1) On a récemment soutenu devant la Cour de cassation, que la clause d'un contrat de mariage par lequel la femme qui se soumet au régime dotal se réserve l'administration de sa dot, est nulle comme illicite, ou ne vaut tout au plus que comme un mandat volontaire et révocable donné par le mari à la femme ; que le mari, par conséquent, peut toujours, et sans le consentement de sa femme, s'immiscer dans la gestion des biens dotaux. Mais la Cour suprême a justement réprouvé cette doctrine et rejeté le pourvoi à l'appui duquel elle était présentée. — Cass., 1er mars 1837 ; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 208.

immeuble pour objet, les actions en réméré, les action en rescision pour cause de lésion, soit de vente, soit de partage immobilier.

356. — La jurisprudence a décidé que la dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière ellemême (1) : nous croyons qu'il est convenable de ne pas revenir sur les polémiques qui se sont élevées à cette occasion, et ne devoir exposer que les motifs strictement nécessaires pour justifier notre opinion.

En principe, tous les biens sont aliénables (art. 537-1598, C. civ.). Il n'y a d'exception textuelle que pour les immeubles dotaux (art. 1554, C. civ.).

D'où l'on doit conclure que, si le texte de l'art. 1554 du Code civil n'est pas inexact, la dot immobilière est seule inaliénable.

Contre cette conclusion on fait valoir que, si l'immeuble dotal était seul inaliénable, les art. 1555 et 1556 du Code civil, qui font exception au principe de l'inaliénabilité, ne parleraient pas de tous les biens indistinctement.

Cette objection suppose que l'art. 1554 du Code civil, qui formule la règle de l'inaliénabilité, n'est pas en harmonie avec les art. 1555 et 1556 du Code civil, qui établissent l'exception, et qu'il faut rectifier le premier article d'après les seconds. Mais pourquoi ne pas rectifier au contraire les art. 1555 et 1556 d'après

(1) Il serait parfaitement inutile d'énumérer ici les nombreux arrêts qui ont été rendus sur cette question ; mais nous tenons à citer, comme dérogeant à la jurisprudence établie, un arrêt de la Cour de Lyon, rendu à la date du 16 juillet 1840 ; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 631.

l'art. 1554? Il serait d'autant plus raisonnable d'en agir ainsi, que si l'on reconnaît que l'art 1554 contient une inexactitude de rédaction, il faut reconnaître que la même inexactitude se rencontre dans les art. 1557, 1558 et 1559 du Code civil.

Pour nous, nous croyons que la loi est très-exactement rédigée; qu'il faut accepter son texte tel qu'il est, sans le modifier; que, bien que l'art. 1554 ne parle que des immeubles, les art. 1555 et 1556 doivent parler des biens dotaux mobiliers et immobiliers. C'est que, en effet, ces deux derniers articles, en accordant à la femme le droit d'aliéner, dans les cas qu'ils prévoient, l'usufruit des biens dotaux, ne contiennent pas seulement une dérogation au principe de l'inaliénabilité, mais apportent en outre une extension tout exceptionnelle aux pouvoirs de la femme sur les biens dotaux. Ils ne modifient pas seulement un principe relatif aux immeubles, ils modifient, de plus, un autre principe relatif aux biens dotaux mobiliers ou immobiliers.

Dès lors tombe le motif en vertu duquel on prétend devoir élargir le texte de l'art. 1554 pour le mettre en rapport avec les art. 1555 et 1556.

D'ailleurs, pour accepter cette idée qu'il faut rectifier le texte qui contient la règle d'après les textes qui formulent les exceptions, il faudrait au moins que toutes les exceptions fussent rédigées avec la même généralité, qu'aucune ne fût en harmonie avec la règle. Or, les art. 1557, 1558 et 1559 du Code civil ne traitent que de l'aliénation des immeubles dotaux. Cependant, il n'est pas permis de penser que les meubles dotaux soient inaliénables dans les cas prévus par ces

articles ; d'où il faut conclure que ces mêmes articles supposent que les immeubles dotaux sont seuls inaliénables.

Si les art. 1555 et 1556 tendent à infirmer l'exactitude de la rédaction de l'art. 1554, ce que nous ne croyons pas, les art. 1557, 1558, 1559, la confirment évidemment. Dès lors, n'y a-t-il pas plus que compensation ?

Au point de vue du texte, l'opinion que nous réfutons est donc mal fondée; aussi croyons-nous que si la jurisprudence l'a consacrée, c'est moins à cause du texte que par cette considération que la femme qui n'a apporté en dot que du mobilier doit être protégée à l'égal de celle qui a apporté des immeubles. Il se peut que cette considération ait une certaine valeur intrinsèque, mais elle n'est certainement pas conforme à l'esprit de la loi. On voit, en effet, en cent endroits de nos lois civiles, se reproduire ce principe ancien, à savoir, que la fortune immobilière est destinée à être conservée, tandis que la fortune mobilière, même celle de la femme, est destinée à être livrée aux chances du commerce et des spéculations.

Nous ne voulons pas rechercher ici si ce principe mérite d'être approuvé ou s'il doit être critiqué, mais toujours est-il que sa conservation est un des faits les plus remarquables de la législation moderne.

Nous n'avons rien dit et nous ne voulons rien dire des arguments tirés du droit romain. Pourquoi, en effet, pour vider la controverse qui s'élève sur un texte du Code civil, disputer sur les lois romaines qui sont infiniment plus difficiles à interpréter, sur les lois romaines que dans l'une et l'autre opinion on invoque

avec une égale assurance? Ne serait-ce pas vouloir conclure du moins connu au mieux connu?

357. — Les fruits et revenus de l'immeuble dotal sont-ils inaliénables comme l'immeuble dotal?

Quand nous posons cette question, nous n'entendons pas parler des fruits perçus et des revenus échus, car il est évident que ces fruits et revenus ne peuvent recevoir leur destination qu'autant qu'il est permis de les aliéner, et qu'il serait absurde de prétendre que tous les produits de l'immeuble dotal doivent être consommés en nature par la famille de la femme.

La question ne s'élève qu'à l'égard des fruits et des revenus qui ne sont ni perçus ni échus.

La Cour de cassation a posé en principe que les fruits et les revenus de l'immeuble dotal participent de la nature de l'immeuble dotal, et de là elle a conclu qu'ils sont inaliénables comme l'immeuble lui-même; mais, en même temps, elle a admis que l'inaliénabilité ne s'applique qu'à la portion des fruits et revenus qui est nécessaire pour fournir des aliments à la famille (1).

---

(1) Cass., 24 août 1836; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 117. — Cass., 3 juin 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 601. — « Attendu, en « droit, porte l'arrêt de 1836, que l'art. 1554 dispose que les im- « meubles constitués en dot à la femme ne peuvent être aliénés ni « hypothéqués pendant le mariage; — que cette disposition ne dis- « tingue pas entre les fonds et les revenus; — que la destination « des biens dotaux étant de supporter les charges du mariage, leurs « revenus doivent être employés à fournir des aliments à la famille; « — que si tous ces revenus pouvaient être saisis par les créanciers « envers lesquels la femme s'est obligée, même lorsqu'ils seraient « nécessaires à la nourriture et à l'entretien de la famille, la femme « serait immédiatement forcée de recourir à la vente de son bien

Or, cette restriction démontre mieux que toute autre objection l'inexactitude du principe posé ; car si les fruits et les revenus participent de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal, l'inaliénabilité doit les atteindre pour le tout et non pas seulement porter sur une partie. La Cour de cassation elle-même l'a senti, car, dans un arrêt postérieur à ceux que nous venons de citer (1),

« dotal, l'inaliénabilité de ce bien manquerait d'efficacité, et la « protection que la loi a voulu lui accorder serait éludée..... »

L'arrêt de 1839 surtout est remarquable en ce qu'il rejette le pourvoi formé contre un arrêt qui, se fondant sur ce que les époux étaient en âge de se livrer à un travail lucratif, avait déclaré valable la dation en antichrèse d'un immeuble dotal qui composait toute la dot.

En présence d'une restriction aussi large apportée au principe de l'inaliénabilité de l'immeuble, il est assurément impossible de prétendre que l'inaliénabilité de l'immeuble dotal s'étend aux revenus. Cependant, la Cour de cassation s'exprime ainsi : « Attendu « que l'arrêt attaqué ne s'est nullement fondé sur ce que le prin- « cipe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal n'atteindrait pas les « revenus de cet immeuble ; que, au contraire, il a pris cette « base, puisqu'il n'autorise l'exécution des obligations des 9 juin et « 27 août (la dation en antichrèse), qu'à raison des circonstances « de fait..... »

Il résulte de cet *attendu*, que la Cour de cassation maintient que l'inaliénabilité de l'immeuble s'étend aux revenus, bien qu'elle reconnaisse que, lorsque certaines circonstances de fait se rencontrent, l'immeuble puisse être donné en antichrèse. — Nous croyons qu'il est impossible de rencontrer jamais une plus flagrante contradiction.

(1) Cass., 6 janvier 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 26. — Les motifs de cet arrêt sont ainsi conçus : « Attendu que la dot étant, « d'après l'art. 1450 du Code civil, affectée aux charges du ma- « riage, ne peut être détournée de cette destination spéciale ; qu'il

elle déduit l'inaliénabilité des revenus dotaux uniquement de la destination alimentaire de la dot.

Sur ce point encore, nous opposons à la Cour de cassation l'autorité de sa propre jurisprudence ; car s'il est vrai que les choses qui ont une destination alimentaire soient insaisissables en vertu de l'art. 581 du Code de procédure, il ne faut pas en conclure qu'elles soient inaliénables. Nous ne pouvons justifier ce que nous avançons d'une manière qui soit à la fois plus brève et plus décisive qu'en relatant un arrêt rendu par la Cour de cassation elle-même en 1826.

« Considérant qu'en droit, aux termes de l'art. 537 « du Code civil, chacun peut disposer de ce qui lui « appartient, à moins qu'une loi ne s'y oppose ; — que « quant au Code de procédure qui, art. 581, déclare « insaisissables les sommes et pensions pour aliments, « il en résulte bien que l'on ne peut être privé de ces « pensions malgré soi sur la poursuite de ses créanciers, « mais il n'en résulte pas que l'on soit dans l'incapacité « de disposer, ni que la cession qui en est librement « consentie soit nulle ; — que l'art. 1003 du même « Code ne s'explique pas davantage sur la question, « puisqu'il se borne à dire que toutes personnes peu- « vent compromettre sur les droits dont elles ont la « libre disposition sans énoncer quels sont ces droits « dont on peut disposer librement ; — que l'art. 1004 « du Code de procédure défend de compromettre sur « les dons et legs d'aliments ; mais qu'autre chose

« en résulte que les revenus dotaux ne peuvent être aliénés ni « saisis lorsqu'ils sont nécessaires pour subvenir aux charges du « mariage..... »

« est de ne pouvoir, en cas de procès, compromettre « sur un droit, c'est-à-dire de ne pouvoir recourir à « des arbitres, autre chose est en l'absence de toute « contestation de ne pouvoir céder ce droit par une « convention volontairement souscrite (1).... »

De ces motifs il résulte évidemment que les revenus ne participent pas de l'inaliénabilité du fonds dotal, que leur destination alimentaire ne les rend pas non plus inaliénables, qu'ils sont seulement insaisissables pour la portion nécessaire à l'entretien et aux aliments de la famille (2).

358. — Le principe de l'inaliénabilité protége nonseulement l'immeuble dotal contre les actes d'aliénation directe, mais il le met encore à l'abri des effets de tous les actes d'aliénation indirecte.

Ainsi la femme ne renoncerait pas valablement à son hypothèque légale, si cette renonciation compromettait sa dot immobilière. Mais la femme pourrait assurément procéder au partage amiable de ses biens dotaux, le partage étant déclaratif et non attributif de propriété (3).

359. — Ainsi encore les obligations de la femme ne sont pas exécutoires sur les immeubles dotaux. Toutefois cette dernière conséquence de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal n'a d'effet qu'à l'égard des tiers qui ont à se reprocher d'avoir traité avec la femme. Elles ne peuvent être opposées à ceux qui

(1) Cass., 31 mai 1826. — D., p. 26, 1, 292. — *Contrà*, Montpellier, 1er février 1828. — D., p. 28, 2, 158.

(2) Cass., 9 avril 1823; *J. du P.*, 1823, p. 1022.

(3) Cass., 29 janvier 1838; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 448.

sont devenus créanciers sans aucun fait de leur part.

Les créanciers pour raison des délits ou des quasi-délits commis par la femme, ou même pour raison des quasi-contrats résultant du seul fait de la femme, ont donc le droit de poursuivre leur paiement sur les immeubles dotaux.

Cette exception au principe de l'inaliénabilité, si d'ailleurs elle ne se justifiait suffisamment d'elle-même, trouverait une confirmation irrécusable dans cette considération que la loi ne restitue pas les incapables contre les obligations qui procèdent des sources que nous venons d'énumérer, et que la protection résultant de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal ne peut avoir plus d'effets que celle dont les incapables sont entourés.

La doctrine contraire se trouve cependant approuvée dans les considérants d'un arrêt rendu par la Chambre des requêtes à la date du 18 mai 1834(1).

« Attendu, porte cet arrêt, que l'art. 1554 est « conçu en termes absolus.....

« Attendu que les obligations contractées par la « femme mariée sous le régime dotal, ou qui peuvent « résulter d'un délit, d'un quasi-délit, d'un quasi-« contrat, non plus que les condamnations aux dé-« pens qui peuvent être prononcées contre la femme, « ne se trouvent comprises dans aucune des exceptions « prévues par la loi, etc. »

Toute l'autorité de la Cour de cassation ne fera jamais prévaloir des résultats d'une injustice aussi révol-

(1) D, p. 34, 1, 93.

tante. Ils sont d'ailleurs réprouvés par des décisions judiciaires assez nombreuses pour que l'on puisse considérer la jurisprudence comme fixée dans un sens opposé à la doctrine de l'arrêt que nous venons de relater(1).

---

(1) Cass., 18 mai 1824. — D. A., 10, 317. — Caen, 6 juillet 1824. — D. A., 10, 316. — Nîmes, 28 août 1827. — D , p. 28, 2, 198. — Toulouse, 20 mars 1833. — D., p. 34, 2, 47. — Cass., 18 décembre 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 30. — Parmi les arrêts que nous venons de citer, celui de la Cour de Caen est remarquable en ce qu'il décide dans une espèce où la femme était poursuivie pour banqueroute frauduleuse, et qu'on pourrait objecter, avec quelque apparence de raison, que, dans ce cas, les droits des créanciers, prenant leur sonrce dans des conventions, ne devraient pas s'exercer sur les immeubles dotaux.

Nous croyons cependant que cette objection ne serait pas fondée; car la banqueroute, comme tout délit, donne une créance pour raison du préjudice qu'elle cause. Or, on doit considérer le non-payement comme un préjudice causé; d'où il résulte que la banqueroute substitue aux créances qui avaient un contrat pour source, d'autres créanees qui procèdent d'un délit, et qu'elle opère novation au profit de tous les créanciers.

Les observations que nous venons de présenter démontrent que la vente des immeubles dotaux ne peut être poursuivie par les créanciers dans le cas de faillite, car la faillite n'est pas un délit. — Le stellionat est un quasi-délit; par conséquent, les obligations résultant du stellionat sont exécutoires sur les biens dotaux. Mais il est important de faire remarquer que la femme n'est pas stellionataire pour avoir vendu ou hypothéqué ses immeubles dotaux, parce que la femme, lorsqu'elle prend des engagements relatifs à des biens dont elle n'a ni l'administration ni la jouissance, est réputée agir dans l'intérêt et sous l'influence du mari. (Art. 2066, §. 3, C. civ. — Limoges, 31 mai 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 475.)

360. — Il s'est formé une opinion moyenne qui consiste à retarder jusqu'après la dissolution du mariage l'action des créanciers pour raison des délits, des quasi-délits et des quasi-contrats qui se sont formés sans la volonté des créanciers.

Le principe de l'inaliénabilité apportant un obstacle perpétuel à l'action des créanciers auxquels il est opposable(1), il est évident que cette opinion est inacceptable, et qu'il faut décider que les créanciers dont il s'agit ne peuvent jamais exercer leurs droits sur l'immeuble dotal, si l'on ne reconnaît, ainsi que nous l'avons fait, que l'inaliénabilité de l'immeuble dotal ne peut avoir pour effet de protéger la femme contre les tiers qui sont devenus ses créanciers sans aucun fait de leur part.

361. — Mais ce qui ne saurait être contesté, c'est que l'inaliénabilité dont la femme frappe son immeuble en se le constituant en dot, ne peut porter atteinte aux droits antérieurement acquis à des tiers. Par conséquent, les créanciers de la femme antérieurs au mariage, les propriétaires par indivis avec la femme de l'immeuble dotal, ont la faculté d'exercer leurs droits sur l'immeuble comme si l'inaliénabilité n'existait pas.

362. — La femme ne peut compromettre sur sa dot immobilière. De là on a conclu, mais à tort, qu'elle

(1) Il est évident que l'inaliénabilité n'atteindrait pas son but si elle n'avait d'autre résultat que de retarder jusqu'à l'époque où le mari cesse d'exister l'exécution, sur les immeubles dotaux, des engagements pris par la femme mariée : la ruine de la femme, pour être retardée, n'en serait pas moins inévitable.

ne pouvait transiger. Transiger et compromettre sont deux actes d'une nature fort différente, quoiqu'il y ait une sorte d'habitude prise de les placer sur la même ligne.

En effet, compromettre c'est se priver des garanties de la justice ordinaire; transiger c'est se mettre à l'abri des chances d'un procès au moyen de sacrifices librement consentis. Les conséquences d'un compromis ne peuvent être prévues, tandis que lorsqu'on transige on sait l'étendue des engagements que l'on prend.

Pourquoi d'ailleurs, lorsqu'un litige est sur le point de s'élever à l'occasion des immeubles dotaux, refuserait-on à la femme le droit de le prévenir, si les sacrifices qu'elle doit consentir pour atteindre ce but ne portent pas sur l'immeuble dotal lui-même. L'intérêt de la conservation de la dot bien compris exige même que la femme ait, dans ce cas, la faculté de transiger; car une transaction faite à propos peut préserver la femme de l'éviction de l'immeuble dotal.

La femme peut donc transiger sur des contestations relatives à des immeubles dotaux; seulement la transaction ne vaut pas si elle conduit à l'aliénation de tout ou partie de l'immeuble dotal.

363. — Les auteurs et la jurisprudence sont unanimes pour décider que la femme peut donner pendant le mariage ses immeubles dotaux à son mari (1). Le raisonnement sur lequel cette doctrine repose est celui-ci : Les donations entre époux sont révocables

(1) Duranton, t. XV, n° 536. — Grenier, *Donations*, t. I, p. 23. — Tessier, t. I, p. 313. — Cass., 1er décembre 1834. — D. A., 10, 315. — Riom, 5 décembre 1835. — D., p. 27, 2, 112.

(art. 1096, C. civ.); or, la révocabilité des donations entraîne leur caducité, au cas de prédécès du donataire; par conséquent, ces donations n'opèrent translation de propriété qu'au moment où la condition de survie s'accomplit, c'est-à-dire au moment où, le mariage se dissolvant, l'inaliénabilité des immeubles dotaux vient à cesser.

Nous nions que la révocabilité des donations entraîne leur caducité, au cas de prédécès du donataire (1);

(1) Les donations à cause de mort ne sont point reconnues par le Code; ce point est constant. Par conséquent, c'est à ceux qui prétendent que certaines donations autorisées par la loi ont le caractère de donations à cause de mort à fournir la preuve de leur prétention. Or, quels arguments fait-on valoir pour établir que les donations dont il est question dans l'art. 1096 du Code civil sont, comme les donations à cause de mort, caduques au cas de prédécès du donataire?

On conclut, *à contrario*, de l'art. 1092 du Code civil, aux termes duquel les donations entre vifs de biens présents, faites entre époux *par contrat de mariage*, ne sont point censées faites sous la condition de survie, que les donations de biens présents entre époux sont censées faites sous condition de survie, quand elles ont lieu autrement que par contrat de mariage. Nous ne répéterons point cette banalité, que les arguments *à contrario* sont sans valeur; mais nous affirmons que celui-là en particulier n'est pas probant, parce que la contre-partie de l'art. 1092 se trouve dans l'art. 1093, et non dans l'art. 1096.

On conclut de l'art. 1093 du Code civil, suivant lequel la donation de biens à venir ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, est caduque en cas de prédécès du donataire, qu'*à fortiori* il en est ainsi des donations qui, faites pendant le mariage, sont moins solides que celles qui sont faites par contrat de mariage. — Nous répondons que si les donations de biens présents faites pendant le mariage sont moins solides que les donations de biens présents et à venir, ou de biens à venir seule-

mais lors même que cette proposition serait vraie, nous oserions contester la conséquence qu'on en tire. Tous les auteurs, ceux-là même que nous venons de citer (1), reconnaissent que les donations faites aux termes de l'art. 1096 du Code civil emportent, quoique révocables, dessaisissement *actuel* du donateur au

---

ment, en ce sens que les unes sont révocables et que les autres sont irrévocables, les premières sont plus solides que les secondes, en ce qu'elles ne sont point, comme celles-ci, subordonnées à la condition de survie. La révocabilité et la caducité, en cas de prédécès du donataire, sont deux faits d'un ordre fort différent, et sans liaison entre eux. La révocabilité dépend de l'époque où la donation est faite; la caducité, au cas de prédécès du donataire, provient de la nature de l'objet de la donation.

On combine enfin ces termes de l'art. 1092 : « Toute donation « entre vifs de biens présents par contrat de mariage est soumise à « toutes les règles et formes prescrites pour ces sortes de dona- « tions », avec les art. 1086 et 1089 du Code civil, desquels il résulte que la donation faite par un tiers aux époux, par contrat de mariage, et avec faculté de disposer des objets compris dans la donation, est caduque si le donataire prédécède. D'où l'on conclut que la révocabilité de l'art. 1096 du Code civil, équivalant à la faculté de disposer, entraîne nécessairement la caducité pour le cas de prédécès du donateur.

A cet argument nous opposons deux réponses : 1°. que l'art. 1092 a trait aux donations faites par contrat de mariage, et non aux donations faites pendant le mariage; 2°. que l'argument trouve sa réfutation dans les termes mêmes de l'art. 1092. En effet, cet article exige, pour qu'il y ait lieu à caducité au cas de prédécès du donataire, que la condition de survie soit *formellement* exprimée. Or, l'argument dont il s'agit fait sortir la condition de survie d'inductions plus ou moins douteuses.

(1) Duranton, t. IX, n° 778. — Grenier, n° 454. — Delv., t. II, p. 449.

profit du donataire. Or, qu'est-ce que le dessaisissement *actuel* du donateur au profit du donataire, si ce n'est la translation *actuelle* de la propriété de la chose donnée? Il est donc inexact de prétendre que les donations dont il s'agit ne transfèrent la propriété qu'au moment où la possibilité de caducité s'évanouit (1).

Nous devons ajouter, à l'appui de notre opinion, que si le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux doit jamais être rigoureusement maintenu, c'est surtout à l'encontre des donations que la femme voudrait faire à son mari; car nulle influence n'agira aussi énergiquement sur la femme que celle du mari, soit qu'il s'agisse de déterminer la femme à faire la donation, soit qu'il s'agisse de l'empêcher de la révoquer.

364. — La donation de biens à venir n'opérant pas dessaisissement actuel, et ayant pour résultat seulement de priver le donateur de la faculté de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation (art. 1081 et 1083, C. civ.), il est évident que la femme peut disposer de ses immeubles dotaux par donation de biens à venir.

---

(1) D'où vient l'erreur, nous pouvons dire la contradiction que nous signalons? C'est que les jurisconsultes ne savent point oublier; ils ont cru retrouver dans l'art. 1096 du Code civil les anciennes donations à cause de mort, que le Code a abrogées.

Ainsi, M. Duranton a écrit, t. IX, n° 777 : « Elle (la donation « faite aux termes de l'art. 1096 du Code civil) est de biens pré- « sents, il est vrai, *mais cette circonstance ne lui enlève pas son ca-* « *ractère de disposition à cause de mort, bien que le Code ne recon-* « *naisse point de donation à cause de mort.* »

365. — Pareillement, la femme peut disposer de ses immeubles dotaux sous forme de donation cumulative de biens présents et à venir, lorsqu'un état des dettes et charges du donateur, existantes au jour de la donation, n'y est point annexé; car, dans ce cas, la donation cumulative a seulement l'effet d'une donation de biens à venir (art. 1083 et 1084, C. civ.).

Si un état des dettes est annexé à la donation, la disposition ne vaut pas quant aux immeubles dotaux présents, parce que, dans ce cas, la donation emporte dessaisissement des biens présents (1).

Au moment où le mariage se dissout, les obligations consenties pendant que l'immeuble était frappé d'inaliénabilité deviennent exécutoires sur les immeubles dotaux. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

366. — La nullité de l'aliénation des immeubles dotaux est à la fois la conséquence nécessaire et la sanction du principe de l'inaliénabilité de ces immeubles.

Cette nullité est-elle absolue ou n'est-elle que relative? Ne peut-elle être demandée que dans l'intérêt de la femme, ou bien l'acquéreur peut-il la faire prononcer dans son propre intérêt? La Cour de cassation

(1) La question de savoir si la donation cumulative de biens présents et à venir, avec état des dettes, emporte dessaisissement actuel, est controversée. Il n'entre pas dans notre plan de la discuter; nous ne pouvons que renvoyer aux sources. — Toullier, t. V, n° 859. — Grenier, n° 434. — Duranton, t. IX, n° 736. — Delvincourt, t. II, p. 430 et 431.

a, dans un arrêt tout récent (1), décidé que l'aliénation de l'immeuble n'était pas frappée d'une nullité absolue opposable par l'acquéreur.

Cette décision est juste, même pour le cas où l'immeuble dotal a été vendu par le mari seul, car les termes de l'art. 1560 du Code civil ne permettent pas de faire application de l'art. 1599, suivant lequel l'acquéreur de la chose d'autrui peut demander la nullité du contrat.

On ne doit cependant pas refuser à l'acquéreur l'action en nullité pour cause de dol, mais il importe de remarquer que la simple dissimulation de la qualité de l'immeuble qui fait l'objet du contrat ne peut, si elle n'est accompagnée de manœuvres frauduleuses, constituer un dol qui soit de nature à faire annuler le contrat. Autrement, l'action en nullité serait, contrairement à l'art. 1560 du Code civil, ouverte à tout acquéreur de bonne foi.

La bonne foi de l'acquéreur ne lui donne droit qu'à des dommages-intérêts au cas d'éviction; encore ne peut-il poursuivre ces dommages-intérêts que contre le mari (art. 1560, *in fine*). La femme, en effet, comme tout incapable, est à l'abri des conséquences des actes faits contrairement à sa capacité.

367. — De ce que la femme est, en tant qu'incapable d'aliéner les biens dotaux, affranchie de l'action en dommages-intérêts qui naît de l'obligation de garantie que la loi impose à tout vendeur envers son acquéreur, il résulte évidemment qu'elle ne doit supporter

---

(1) 31 mars 1841; *Gazette des Tribunaux* du 18 avril, relaté *infrà*, n° 378.



sur aucun de ses biens les conséquences de la garantie stipulée dans le contrat de vente de l'immeuble dotal, car la garantie résultant des stipulations particulières ne peut avoir plus de force que la garantie imposée par la loi (1). Mais la femme qui exerce l'action révocatoire doit restituer à l'acquéreur le prix de l'immeuble jusqu'à concurrence de ce dont elle se trouve, au moment de la dissolution du mariage, enrichie par ce prix.

368.— Le mari ne peut exercer l'action en nullité que pendant la durée du mariage; la femme, au contraire, ne peut exercer cette action qu'à la dissolution du mariage (2). Les droits de la femme commencent donc quand ceux du mari expirent (art. 1560, C. civ.). Cette suspension des droits de la femme jusqu'à la dissolution du mariage, a évidemment pour but d'empêcher que la femme en estant par collusion dans une instance qui validerait l'aliénation de l'immeuble dotal, ne puisse se dépouiller du droit d'exercer l'action révocatoire, lorsqu'elle ne sera plus soumise à l'influence du mari.

L'art. 1560 est donc parfaitement en harmonie avec la disposition de l'art. 1549, d'après laquelle le mari peut *seul* poursuivre les détenteurs des biens dotaux, et il confirme l'interprétation toute littérale que nous

(1) *Sic*, Cass., 28 novembre 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 563. — Cass., 12 août 1839; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 267. — Rouen, 5 décembre 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 76. — *Contrà*, Grenoble, 16 janvier 1828; *J. du P.*, 1828, p. 1054.

(2) Ou à la séparation de biens. Voir chap. VII, *Des effets de la séparation de biens*.

avons donnée de ce dernier article, en ne lui attribuant d'autre effet que d'exclure le concours de l'action de la femme avec l'action du mari (1).

369. — Si pendant le mariage la femme se joint à son mari pour poursuivre la nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal, le concours de la femme ne vicie pas la poursuite exercée par le mari, mais aussi ce concours intempestif ne peut porter atteinte aux conséquences de l'inaliénabilité. La décision rendue sur l'action du mari et de la femme est donc réputée rendue sur la poursuite du mari seul, et elle n'a pas force de chose jugée contre la femme.

370. — Les héritiers de la femme ont, comme la femme elle-même, le droit de faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, sans qu'on puisse leur opposer aucune exception de garantie du chef de leur auteur (2).

Mais ils sont non recevables à exercer l'action révocatoire, s'ils sont personnellement garants de la validité de l'aliénation. Le mari qui a vendu l'immeuble dotal de sa femme ne peut donc, même lorsqu'il est héritier de celle-ci, faire révoquer la vente.

371. — Que faut-il décider dans le cas où la femme devient héritière de son mari, garant de la vente de l'immeuble dotal ?

En acceptant la succession de son mari, la femme contracte l'obligation de garantir l'acquéreur. Cette obligation de garantir, contractée après que l'inaliénabilité de l'immeuble dotal a cessé, doit produire

(1) Voir *suprà*, n° 348.

(2) Bordeaux, 16 décembre 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 332.

tous ses effets. Par conséquent, dans l'hypothèse que nous posons, la femme est déchue du droit de faire révoquer l'aliénation.

372. — La femme cesse de pouvoir exercer l'action en révocation lorsque, après la dissolution du mariage, elle a ratifié la vente, soit expressément, soit tacitement.

La ratification expresse n'est valable qu'autant qu'elle est conforme aux prescriptions de l'art. 1338 du Code civil.

L'appréciation des actes dont on prétend faire résulter la ratification tacite, appartient souverainement aux juges du fait (1). Nulles règles ne peuvent donc être posées relativement aux actes qui constituent ou non une ratification. Aussi, quelque probants en faveur de la ratification que soient en général des faits tels que ceux-ci : toucher le prix des intérêts de la vente; recevoir une somme d'argent à compte sur les reprises, ils peuvent être justement considérés comme n'ayant pas les caractères d'une ratification, car il peut se faire que la femme n'ait touché ces sommes que sous l'empire d'un besoin urgent ou dans toute autre circonstance qui ne permette pas de croire qu'elle entende, en agissant ainsi, renoncer à l'action révocatoire (2).

373. — L'action en indemnité dirigée contre le mari et l'action en révocation dirigée contre les tiers ne se

---

(1) 22 février 1827. — Cass., D., p. 27, 1, 148.

(2) Ces règles d'interprétation n'ont, du reste, rien de particulier à la ratification tacite de l'aliénation des immeubles dotaux ; elles s'appliquent à tous les cas de ratification tacite.

posent pas l'une vis-à-vis de l'autre comme les deux termes d'une alternative entre lesquels la femme doive opter. Ces deux actions, au contraire, se servent réciproquement de complément. Lorsque l'action en indemnité est demeurée infructueuse, la femme peut exercer l'action révocatoire; lorsque l'action révocatoire n'a pas rendu la femme complétement indemne, alors l'action en indemnité peut être exercée contre le mari.

374. — La ratification ne pouvant avoir lieu durant le mariage, on s'est demandé si elle serait valablement faite par testament. Cette question s'est présentée devant la Cour de Bordeaux, qui l'a résolue affirmativement (1).

La raison de douter ne pouvait venir que de ce que le testament est nécessairement fait durant le mariage, que dès lors la ratification peut être due à l'influence du mari. Mais il était impossible de s'arrêter à cette considération en présence de la présomption légale d'après laquelle tout testament régulièrement fait est présumé être l'œuvre de la volonté parfaitement indépendante du testateur. La solution consacrée par la Cour de Bordeaux est donc à l'abri de toute critique un peu sérieuse.

375. — De ce que la ratification ne peut avoir lieu pendant le mariage, il suit que tant que le mariage n'est pas dissous, la femme ne peut se faire colloquer *définitivement* sur les biens du mari pour l'indemnité qui lui est due à raison de l'aliénation de ses immeubles dotaux.

(1) 20 décembre 1832. — D., p. 33, 2, 179.



La Cour de Nîmes, exagérant les conséquences de ce principe, a décidé (1) que la femme ne peut se faire colloquer *même provisoirement*, prétendant qu'une collocation provisoire constitue au moins une aliénation provisoire de l'immeuble dotal. M. Troplong a réfuté la doctrine de cet arrêt de manière à ne permettre aucune observation nouvelle. C'est pourquoi nous renvoyons aux développements donnés par cet auteur, t. II, n° 612 (2).

376. — D'après le droit commun, toutes les fois qu'une vente est rescindée, l'acheteur peut, jusqu'à ce qu'il soit indemnisé des frais qu'il a faits pour la conservation ou l'amélioration de la chose, retenir l'immeuble qui lui a été vendu (3).

Cette règle est-elle applicable au cas de l'aliénation de l'immeuble dotal? La jurisprudence résout cette question négativement (4), et avec grande raison, car l'immeuble dotal échappe d'une manière absolue à l'action des créanciers, à l'exercice du droit de rétention, aussi bien qu'aux actes d'exécution.

377. — L'action en révocation qui appartient à la femme dure dix ans à partir du jour où elle s'est ouverte, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aliénation a été consentie par la femme, et celui où l'aliénation a été consentie par le mari seul. En

(1) Nîmes, 29 août 1826. — D., p. 27, 2, 173.

(2) Cass., 28 novembre 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 553.

(3) Troplong, *Vente*, t. II, n° 849. — Duvergier, *Vente*, t. II, n° 127.

(4) Limoges, 21 août 1839; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 587. — Rouen, 5 décembre 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 76.

effet, l'aliénation faite par le mari n'étant point considérée comme une aliénation de la chose d'autrui, elle ne peut donner lieu à l'action en revendication dont la durée est de 30 ans (1).

378. — Les créanciers de la femme peuvent-ils exercer l'action révocatoire? Si l'on ne consultait que

---

(1) *Sic*, Cass., 18 avril 1841.

Comme cet arrêt n'est pas encore rapporté dans tous les recueils, et qu'il pose les principes de la manière la plus nette, nous le transcrivons ici en entier.

« Attendu que l'art. 1560 ne frappe d'une nullité absolue, oppo-« sable même par les tiers, l'aliénation du fonds dotal pendant le « mariage, mais accorde seulement, soit au mari, soit à la femme « ou à ses héritiers, la faculté de faire révoquer cette aliénation, « ou, en d'autres termes, d'en demander la nullité;

« Attendu qu'aux termes du premier paragraphe de l'art. 1304, « l'action en nullité d'une convention dure dix ans;

« Que cette disposition est générale, et ne peut recevoir d'autres « exceptions que celles déterminées par la loi, qui n'en fait pas « pour le cas d'action en révocation, ou, ce qui est la même chose, « en nullité du fonds dotal;

« Attendu que si le second paragraphe de l'art. 1304 parle seu-« lement des femmes mariées non autorisées, il ne modifie pas le « principe général consacré par le premier paragraphe, et qu'en « prévoyant le cas le plus général des actions intentées par les « femmes mariées il n'exclut pas celui dont il s'agit, c'est-à-dire « d'une action en nullité intentée par les héritiers d'une femme « mariée qui, n'ayant pu être légalement autorisée par le mari à « aliéner le fonds dotal, est nécessairement assimilée à celle qui « n'a pas obtenu d'autorisation;

« Que d'ailleurs l'art. 1560 fixe pour la prescription le même « point de départ que l'art. 1304, c'est-à-dire la dissolution du « mariage, puisqu'il porte que la prescription est suspendue durant « le mariage;....

les principes ordinaires, il faudrait résoudre cette question affirmativement, car les créanciers de l'incapable peuvent en général exercer l'action en rescision du chef de leur débiteur; mais la protection tout exorbitante résultant de la dotalité n'existe que dans un intérêt de famille dont les créanciers ne peuvent se prévaloir. Le législateur, en effet, en sacrifiant les droits des tiers acquéreurs au désir de conserver aux familles leur fortune immobilière, n'a assurément pas entendu donner à un créancier des droits contre ces tiers acquéreurs. L'art. 1560 est donc restrictif, en tant qu'il désigne les personnes à qui il appartient de faire révoquer en aliénation des immeubles dotaux.

379. — Les immeubles dotaux sont imprescriptibles (art. 2255, C. civ.), mais l'imprescriptibilité, à la différence de l'inaliénabilité dont ces immeubles sont frappés, cesse lors de la séparation de biens.

Cette cessation de l'imprescriptibilité fait naître de sérieuses difficultés que nous examinons au chapitre où nous traitons de la séparation de biens.

Exceptions au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

380. — Les exceptions au principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal sont ou conventionnelles ou légales.

Les exceptions légales, rigoureusement définies, ne peuvent être étendues par analogie. La portée des exceptions conventionnelles, au contraire, doit être déterminée d'après les règles ordinaires de l'interprétation des conventions.

381. — Cependant la jurisprudence, par suite d'une tendance qu'on ne saurait justifier, restreint de la ma-

nière la plus étroite les effets des exceptions conventionnelles. Ainsi, il a été jugé que la faculté d'aliéner, stipulée conformément à l'art. 1557 du Code civil, doit être entendue en ce sens que la femme a seulement la faculté d'échanger le bien dotal soit contre des meubles, soit contre des immeubles; en d'autres termes, qu'il doit toujours être fait remploi du prix (1).

Il a été jugé en sens inverse que la faculté de vendre le bien dotal ne comprend pas celle de l'échanger (2).

Ainsi encore on a décidé que la faculté stipulée par contrat de mariage d'aliéner les immeubles dotaux ne comprend pas celle de les hypothéquer (3).

La première de ces décisions est évidemment dénuée de motifs plausibles; la deuxième a été condamnée par la Cour de cassation; c'est pourquoi nous ne les réfuterons ni l'une ni l'autre. Mais nous devons nous attacher à combattre la troisième, qui, consacrée par la Cour de cassation jugeant en audience solennelle, doit avoir une puissante influence sur l'avenir de la jurisprudence.

382. — A l'appui de la doctrine de la Cour de cassation on peut sans doute citer une longue série d'autorités, mais il est moins facile de donner de bonnes raisons.

---

(1) Req., 25 janvier 1830. — D., p. 30, 1, 92.

(2) Toulouse, 7 février 1832. — D., p. 33, 2, 26. — *Contrà*, Req., 25 avril 1831. — D., p. 32, 1, 154.

(3) Cass., 22 juin 1836. — D., p. 36, 1, 204. — Cass., 31 janvier 1837; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 347. — Cass., 29 mai 1839. — D., p. 39, 1, 220; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 102.

En effet, le motif principal, sinon le motif unique sur lequel cette doctrine repose, c'est que la femme est réputée devoir consentir plus facilement à hypothéquer ses immeubles qu'à les aliéner. Or, si ce motif était fondé il faudrait aller jusqu'à décider que les obligations chirographaires de la femme ne sont point exécutoires sur les immeubles dotaux déclarés aliénables. Car la femme consentira de simples obligations bien plus facilement encore qu'elle ne constituera des hypothèques, et l'obligation chirographaire conduit à l'aliénation aussi bien que l'obligation hypothécaire. Cette conséquence n'est cependant point admise et n'est pas admissible.

Comme raisons accessoires on allègue que l'aliénation est un acte commutatif, tandis que l'hypothèque est un acte de bienfaisance; que l'aliénation met à la disposition de la femme une somme dont il peut être fait remploi, tandis que l'hypothèque cause à la femme un préjudice sans compensation (1).

Cette opposition entre l'hypothèque et l'aliénation est tout arbitraire. On ne l'établit qu'en se plaçant dans une hypothèse pour déterminer les effets et le caractère de l'aliénation, et dans une autre hypothèse pour déterminer les effets et le caractère de l'hypothèque.

En effet, si l'hypothèque est consentie dans l'intérêt de la femme elle-même, elle ne cause pas à la femme un préjudice sans compensation; et si l'aliénation est consentie afin d'en remettre le prix au mari ou de

(1) Voir le réquisitoire sur les conclusions conformes duquel a été rendu l'arrêt du 29 mai 1839.

payer ses créanciers, la femme ne profite pas plus de ce prix qu'elle ne profite d'une somme empruntée, dans le même but, sur hypothèque.

D'ailleurs à quoi tendent ces différences qu'on signale? à démontrer que la femme ne peut hypothéquer ses immeubles dotaux dans l'intérêt de son mari. Mais la question ne peut être ainsi scindée. Elle se pose d'une manière générale et se résout sans distinction. Si en vertu de la déclaration d'aliénabilité la femme peut hypothéquer ses immeubles dans son propre intérêt, elle peut les hypothéquer dans l'intérêt de son mari, car, suivant notre droit, différent en cela du droit romain (ce qu'on n'a pas assez remarqué), la femme peut s'obliger pour autrui.

Mais ce qui coupe court à toute argumentation tirée des différences réelles ou imaginaires que l'on signale entre l'aliénation et la constitution d'hypothèque, c'est que la faculté d'hypothéquer l'immeuble dotal déclaré aliénable ne résulte pas de ce que l'hypothèque serait à l'aliénation dans le rapport du plus au moins. Elle résulte de ce que l'immeuble dotal lorsqu'il est déclaré aliénable est placé sous l'empire du droit commun, et de ce que la femme peut en disposer comme elle fait de ses propres lorsqu'elle est mariée sous un tout autre régime que le régime dotal. Elle résulte encore de ce que refuser la faculté d'hypothéquer et permettre d'aliéner, c'est faire tourner contre la femme la protection dont on veut l'entourer.

Sans doute il se rencontrera des femmes qui, disposées à hypothéquer leurs immeubles dotaux, ne le seront point à les aliéner. Celles-là seront protégées par



la jurisprudence en vigueur, nous en convenons ; mais celles qui, plus dévouées ou plus faibles, ne savent pas limiter leurs sacrifices, aliéneront leurs biens dans beaucoup de circonstances où elles les auraient conservés s'il leur avait été permis de les hypothéquer. Déplorable système qui aggrave la position des faibles pour donner des garanties aux forts, et contre lequel on ne saurait trop vivement protester.

383. — La Cour de cassation est allée jusqu'à décider à deux reprises différentes, d'office et sans y être appelée par la nature des pourvois qui lui étaient soumis, que la femme ne peut se réserver par contrat de mariage la faculté d'hypothéquer la dot (1).

On ne peut dire de telles décisions rien autre chose, si ce n'est qu'elles sont injustifiables, et qu'elles ne peuvent s'expliquer que par une sorte d'horreur scientifique et traditionnelle pour l'hypothèque affectant l'immeuble dotal. Du reste, la Cour de cassation a fait justice de ses propres doctrines en décidant ultérieurement que *la stipulation par laquelle la femme mariée sous le régime dotal se réserve le droit d'hypothéquer ses immeubles, n'est pas contraire aux bonnes mœurs* (on le conçoit facilement), *et ne se trouve pas comprise dans les prohibitions de l'art.* 1387 *et suivants du Code civil, et qu'ainsi cette stipulation est licite* (2).

384. — Lorsque l'immeuble dotal n'est pas inaliénable, aucune des conséquences de l'inaliénabilité ne se produit. Ainsi, la femme peut transiger ou com-

(1) Arrêts du 22 juin 1836 et du 16 août 1837 ; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 308.

(2) Cass., 7 juillet 1840 ; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 223.

promettre sur une contestation relative à son immeuble, lors même que la transaction ou le compromis conduirait à l'aliénation totale ou partielle de l'immeuble dotal.

Cependant il a été décidé que la femme ne peut compromettre sur les contestations relatives à sa dot, même aliénable (1).

Il est facile d'apercevoir que la loi ne justifie pas ces décisions. En effet, dans le cas où la dot est aliénable, l'impossibilité de compromettre sur la dot ne peut résulter que de la combinaison des art. 1004 et 83 du Code de procédure.

Or, ce dernier article déclare que les causes relatives à la dot ne sont communicables au ministère public qu'autant que la femme est mariée sous le régime dotal. Cette restriction indique de la manière la plus évidente que la communication au ministère public n'est nécessaire qu'à raison de l'inaliénabilité de la dot, et qu'elle n'est exigée qu'afin que les époux n'éludent pas au moyen d'un procès concerté la prohibition d'aliéner. Car si la nécessité de la communication au ministère public ne résultait pas uniquement de l'inaliénabilité de la dot, les causes relatives à la dot de la femme mariée sous le régime de communauté ou d'exclusion de communauté devraient être communicables comme celles qui sont relatives à la dot sous le régime dotal.

La cause cessant donc d'être communicable quand

(1) Lyon, 28 août 1828. — S., 1829, 268. — Montpellier, 15 novembre 1830. — S., 1831, 2, 318. — Duranton, t. XIV, n° 481.



la dot est aliénable, la combinaison des art. 1004 et 83 du Code de procédure ne peut dans ce cas s'effectuer dans le sens de l'impossibilité de compromettre.

385. — L'imprescriptibilité de l'immeuble dotal dérivant de son inaliénabilité, il est évident que l'immeuble dotal aliénable est prescriptible; l'art. 1561 du Code civil est exprès sur ce point. Néanmoins, dans le cas où la révocation de l'aliénation peut réfléchir contre le mari, la prescription de l'immeuble même aliénable ne court pas contre la femme pendant le mariage (art. 2256, C. civ.).

386. — Lorsque tous les biens présents et à venir sont constitués en dot, tous les immeubles recueillis par la femme sont frappés d'inaliénabilité.

Cependant un donateur ou testateur peut valablement stipuler que l'immeuble qui fait l'objet de la donation ou du legs sera aliénable. Cette stipulation ne constitue pas une dérogation aux conventions matrimoniales. Car ces conventions ne sont pas réputées conçues dans le but de faire obstacle à la liberté qui appartient au donateur, de soumettre ses libéralités à telles conditions qu'il lui plaît d'imposer.

387. — Les exceptions légales au principe de l'inaliénabilité sont contenues dans les art. 1555, 1556, 1558 et 1559 du Code civil. Nous allons les examiner successivement.

Première exception. — L'immeuble dotal peut être aliéné pour l'établissement, soit des enfants communs, soit des enfants issus d'un précédent mariage de la femme.

Quoique nous ayons reconnu que les exceptions légales au principe de l'inaliénabilité ne peuvent s'éten-

dre d'un cas à un autre, nous décidons que l'exception faite en faveur des enfants doit s'étendre aux petits-enfants. Cette extension est si légitime que nous ne croyons pas qu'elle soit jamais contestée. Mais elle ne peut être portée plus loin, et il ne serait pas permis d'aliéner l'immeuble dotal pour l'établissement de neveux ou de tous autres parents.

Nous reproduisons ici l'observation que nous avons faite ailleurs, à savoir, que, par établissement, il ne faut pas entendre seulement établissement par mariage. Il n'est pas douteux, par exemple, que l'immeuble dotal ne puisse être aliéné pour faire remplacer le fils à l'armée (1).

La Cour de Grenoble (2) a jugé que l'aliénation de la dot pour l'établissement des enfants ne pouvait avoir lieu qu'autant que l'enfant en faveur de qui se fait cette aliénation est dans une position qui assure aux autres enfants la conservation de la dot, de sorte que la dot ne puisse jamais être qu'un avancement d'hoirie, dont le rapport soit assuré.

Il n'y a qu'une seule observation à présenter sur la doctrine de cet arrêt, c'est qu'elle est d'un arbitraire complet, et, ce qui pis est, qu'elle procède d'une mauvaise appréciation des relations de famille.

388. — *Deuxième exception.* — L'immeuble dotal peut être aliéné pour tirer de prison le mari ou la femme, quelle que soit du reste la cause de l'empri-

(1) *Sic*, Toulouse, 7 mai 1826. — D., p. 32, 2, 152. — Rouen, 25 février 1828. — D., p. 28, 2, 88. — Nîmes, 10 août 1837; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 520.

(2) 4 août 1832. — D., p. 33, 2, 103.

sonnement. Ainsi la dot serait valablement aliénée pour fournir le cautionnement nécessaire, afin d'obtenir la mise en liberté provisoire de l'un des époux prévenu d'un délit.

L'aliénation est permise pour faire cesser l'incarcération, non pour l'empêcher de commencer. Ainsi le mari ou la femme, poursuivis par des créanciers porteurs de jugements emportant contrainte par corps, ne pourraient, avant de s'être préalablement constitués prisonniers, obtenir d'aliéner l'immeuble dotal pour mettre fin à ces poursuites. A plus forte raison, l'aliénation de l'immeuble dotal ne serait pas valable, si l'époux incarcéré était mis en liberté avant qu'elle fût consommée (1).

La réserve du législateur à permettre l'aliénation de l'immeuble dotal est si extrême, que le principe de l'inaliénabilité ne fléchit pas lorsqu'il s'agit de tirer les enfants de prison.

389. — *Troisième exception.* — L'immeuble dotal peut être aliéné pour fournir des aliments à la famille.

La loi s'est montrée, à l'occasion de cette exception, moins sévèrement restrictive qu'à l'égard de l'excep- qui précède; car l'aliénation est permise pour fournir des aliments, soit aux époux, soit aux enfants, soit aux ascendants.

L'aliénation de l'immeuble dotal, même pour cause

---

(1) Rouen, 3 juin 1837; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 32. — Rouen, 16 janvier 1838; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 192.

Ce dernier arrêt a décidé que la femme ne pouvait aliéner l'immeuble dotal, même après l'incarcération du mari, lorsque l'incarcération était concertée entre lui et son prétendu créancier.

d'aliments, ne peut avoir lieu qu'en cas d'absolue nécessité; mais il n'est pas besoin, pour que la nécessité soit réputée absolue, que toutes les autres ressources des époux soient complétement épuisées. Dans le cas, par exemple, où, pour constituer une rente viagère suffisante pour fournir des aliments aux époux, il faudrait vendre simultanément les immeubles du mari et les immeubles de la femme, il serait déraisonnable de prétendre que les immeubles dotaux ne peuvent être vendus que lorsque le prix des immeubles du mari sera consommé.

390. — *Quatrième exception.* — L'immeuble dotal peut être aliéné en totalité pour faire les grosses réparations nécessaires à la conservation des autres immeubles dotaux, ou aliéné en partie pour faire les grosses réparations nécessaires à la conservation de la partie de l'immeuble dotal non aliénée.

En effet, les grosses réparations sont en général d'une nécessité absolue, et il n'est pas moins important pour la femme que pour le mari que ces réparations soient faites.

391. — M. Dalloz enseigne (1) que le mari est tenu, comme administrateur, de faire l'avance des sommes nécessaires pour ces réparations, sauf indemnité, à la dissolution du mariage.

Nous ne pouvons croire que cette doctrine soit bien fondée.

Jamais, en effet, un administrateur n'est tenu de faire des avances, et il n'y a nulle raison pour que le mari ne soit pas soumis à la règle commune. D'ail-

(1) D. A., 10, 341.

leurs, si le mari était tenu de faire les avances des grosses réparations jusqu'à la dissolution du mariage, pourquoi permettre avant cette époque l'aliénation de l'immeuble dotal?

La doctrine que nous réfutons se rapprocherait davantage de la vérité, sans cependant être complétement exacte, si la nécessité de faire des avances provenait de la négligence du mari. Dans ce cas, le mari serait tenu non-seulement d'avancer, il devrait même supporter définitivement les frais des grosses réparations.

392. — Toutes les dettes indispensables pour la conservation de la dot doivent évidemment être assimilées aux dettes pour cause de grosses réparations. Au premier rang des dettes, il faut placer les frais de séparation de biens (1), et cela lors même que la femme succombe dans sa demande (2). Néanmoins, dans ce dernier cas, les tribunaux feraient un juste usage de leurs droits en ne permettant pas l'aliénation de l'immeuble dotal pour payer les frais d'une demande en séparation de biens imprudemment formée.

393. — La raison dit que l'immeuble dotal doit pouvoir être aliéné pour payer les frais de la demande en séparation de corps intentée par la femme; mais la loi n'a pas prévu cette cause d'exception au principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal.

Nous citons, comme ayant parfaitement réussi à suppléer au silence de la loi, un arrêt de la Cour de Nimes du 5 août 1838 (3).

(1) Caen, 14 août 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 442.
(2) Nîmes, 5 août 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 286.
(3) *Ibid.*

394. — *Cinquième exception.* — L'immeuble dotal peut être aliéné pour payer les dettes de la femme, ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au mariage, ou lorsque ces dettes, sans avoir une date certaine antérieure au mariage, sont, à raison de la nature du fait dont elles procèdent, exécutoires sur les immeubles dotaux (1).

L'inaliénabilité dont les biens dotaux sont frappés ne pouvant nuire aux créanciers dont les droits ont une date certaine antérieure à la constitution de dot, il est évident que l'exception que nous venons de signaler serait sans objet, si elle n'était pas relative à un cas autre que celui où ces créanciers poursuivent la vente de l'immeuble dotal. D'où nous concluons que l'exception dont il s'agit est introduite pour le cas où les époux eux-mêmes veulent faire vendre les immeubles dotaux, afin de payer les créanciers.

395.—Le rapprochement de l'art. 1558 du Code civil, suivant lequel l'aliénation ne peut avoir lieu que pour payer les dettes antérieures *au contrat de mariage*, et de l'art. 1410 du Code civil qui porte que le paiement des dettes antérieures *au mariage* peut être poursuivi sur les biens de la communauté, donne lieu à la question de savoir si l'art. 1558 doit être textuellement appliqué.

M. Duranton enseigne l'affirmative (2), et cette

---

(1) Telles sont les dettes pour raison des délits et des quasi-délits commis par la femme, et aussi des quasi-contrats qui procèdent du seul fait de la femme.

(2) T. XV, n° 514.

doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour de Montpellier (1).

Nous ne pouvons partager cette opinion. Jusqu'au jour du mariage l'immeuble dotal est aliénable. S'il est aliénable au moment où la dette est contractée, il est soumis à l'action des créanciers, quelle que soit l'époque à laquelle cette action est exercée; s'il est soumis à l'action des créanciers, il peut être aliéné par les époux, pour prévenir l'exercice de cette action.

Qu'on n'objecte pas que si la femme peut, dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, consentir des obligations exécutoires sur ses immeubles dotaux, elle a la faculté de changer les conventions matrimoniales, car les conventions matrimoniales n'ont une existence légale qu'à partir du jour du mariage.

Quant au texte de l'art. 1558, sa rédaction n'est pas plus exacte que celle de l'art. 2194 du Code civil où cette même expression *contrat de mariage* désigne l'acte de mariage (2).

Enfin nous sommes surtout touché de cette considération que si la dotalité avait, quant aux créanciers, effet rétroactif au jour du contrat de mariage, les intérêts des tiers qui contracteraient avec la femme seraient compromis de la manière la plus fâcheuse, puisque souvent il n'aurait pas dépendu d'eux de connaître l'existence d'un contrat de mariage qui pourrait avoir précédé le mariage de fort longtemps (3).

396. — Le droit d'aliéner les immeubles dotaux

(1) Montpellier, 7 janvier 1830. — SIREY, 1830, 2, 69.

(2) Voir au chapitre VIII.

(3) *Sic*, TOULLIER, t. XIV, n° 340.

pour payer les créanciers antérieurs au mariage, n'est accordé aux époux qu'afin qu'ils puissent prévenir par une aliénation volontaire une expropriation dont les effets sont toujours fâcheux.

Or, lorsque la dot est constituée par un tiers, même sans stipulation d'insaisissabilité, les créanciers de la femme antérieurs au mariage ne peuvent exercer leurs droits sur les immeubles dotaux; car ces biens, ayant été frappés d'inaliénabilité au moment où ils sont entrés dans le patrimoine de la femme, n'ont jamais été le gage de leurs créances. Dans ce cas, par conséquent, l'immeuble dotal ne peut être aliéné pour payer les dettes antérieures au mariage (1).

397. — La dot est aliénable pour payer les dettes du tiers qui l'a constituée, lorsque ces dettes ont date certaine antérieure au mariage; mais il est évident, d'après ce que nous avons dit au n° 394, que les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés qu'autant qu'il s'agit d'acquitter des dettes dont le paiement peut être poursuivi sur les immeubles dotaux.

Le paiement des dettes de celui qui a constitué la dot peut être poursuivi sur les biens dotaux, lorsque ces dettes sont hypothécaires, lorsque la constitution de dot a eu lieu à titre universel, enfin lorsqu'il a été stipulé que la femme serait tenue d'acquitter les dettes dont il s'agit.

398. — Nous avons déjà fait connaître la modification que la jurisprudence, dans l'intérêt des créanciers, a fait subir aux règles d'après lesquelles la certitude de la date est fixée; nous voulons indiquer ici

(1) *Contrà*, Duranton, t. XV, n° 513.



deux arrêts de la Cour de cassation qui ont décidé, spécialement pour le régime dotal, que l'enregistrement n'était pas nécessaire pour donner à la créance une date certaine; qu'il suffisait que la sincérité de la date apparût des circonstances. L'un de ces arrêts est du 17 mars 1830 (1), l'autre du 1er décembre de la même année (2).

399. — *Sixième exception.* — L'inaliénabilité de l'immeuble dotal cède devant le principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision (3).

La femme, ainsi que ses copropriétaires indivis, a le droit de provoquer la licitation.

400. — Si la femme se rend adjudicataire, bien qu'elle soit, en vertu de l'art. 883 du Code civil, réputée avoir été toujours propriétaire de l'immeuble pour le tout, cet immeuble n'est dotal que jusqu'à concurrence de la part dont la femme était propriétaire avant le mariage; car il ne suffit pas pour qu'un immeuble soit dotal qu'il ait appartenu à la femme au moment du mariage, il faut de plus qu'il ait été expressément déclaré tel.

Si un autre que la femme se rend adjudicataire, la somme que la femme reçoit pour prix de sa part indivise est dotale, et il doit en être fait emploi comme telle.

401. — Les motifs que nous avons donnés pour établir que la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté ne peut exercer le retrait d'indi-

(1) D., p. 30, 1, 176.
(2) D., p. 31, 1, 9.
(3) Art. 1558, §. 6, du Code civil.

vision, s'appliquent évidemment au cas où la femme est mariée sous le régime dotal (1).

402. — *Septième exception.* — L'immeuble dotal peut être échangé toutes les fois qu'il est justifié de l'utilité de l'échange.

Mais l'échange ne peut avoir lieu que contre un immeuble de même valeur pour les quatre cinquièmes au moins, et en obtenant l'autorisation en justice et d'après une estimation par experts nommés d'office par le tribunal (art. 1559, C. civ.). Ces formalités sont exigées à peine de nullité (2).

Ainsi il a été jugé qu'en l'absence de ces formalités l'échange n'est pas valable, quoique l'immeuble destiné à remplacer l'immeuble dotal ait été acheté le jour même où l'immeuble dotal a été vendu, et payé des deniers provenants de la vente (3).

403. — L'immeuble reçu en contre-échange prend la place de l'immeuble échangé; il devient dotal. L'excédant de prix lui-même, s'il y en a, est dotal, et il doit en être fait emploi comme tel au profit de la femme.

Mais réciproquement si l'immeuble reçu en contre-échange est d'une valeur supérieure à celle de l'immeuble dotal, il n'est dotal que jusqu'à concurrence de l'excédant de la valeur de l'immeuble dotal.

404. — Lorsque l'échange est irrégulier, l'immeuble reçu en contre-échange n'est pas dotal. Il reste

---

(1) *Contrà*, Cass., 13 juillet 1826; *J. du P.*, 1826, p. 684. — Grenoble, 22 juillet 1825; *J. du P.*, 1825, p. 723.

(2) *Sic*, Bordeaux, 5 février 1829. — D., p. 29, 2, 198.

(3) *Sic*, Agen, 10 juillet 1833. — D., p. 34, 2, 206.

par conséquent soumis à l'action des créanciers qui peuvent le saisir et le faire vendre. Mais l'exercice des droits des créanciers ne fait pas obstacle à ce que la femme fasse révoquer l'échange afin de recouvrer son immeuble dotal (art. 1560, C. civ.). Les acquéreurs de l'immeuble saisi sur la femme sont donc exposés à se voir évincer si la femme fait résoudre l'échange irrégulier, et il ne leur appartiendra pas même de demander des dommages-intérêts contre la femme (1).

Ce ne serait même qu'autant qu'elle serait donnée après la dissolution du mariage, que la ratification de la femme éteindrait l'action révocatoire et mettrait les tiers à l'abri de l'éviction.

L'action en nullité de l'échange, comme toute action révocatoire de l'aliénation de l'immeuble, ne peut être exercée par les créanciers du mari ou de la femme (2).

405. — Si l'on combine l'art. 1558 du Code civil qui ne fait pas mention de la nécessité du consentement de la femme pour que l'aliénation puisse avoir lieu dans les divers cas qu'il prévoit, avec l'art. 1559 du Code civil qui exige expressément ce consentement pour que l'échange de l'immeuble dotal soit valablement effectué, il semble qu'il faille décider que l'aliénation de l'immeuble dotal peut avoir lieu sans le consentement de la femme.

Mais il est facile de se convaincre que cette combinaison de textes ne peut prévaloir sur les principes.

Nous avons démontré que la femme est seule pro-

(1) Limoges, 3 mai 1837; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 412.

(2) Cass., 11 juin 1828; *J. du P.*, 1828, p. 1535; et Limoges, arrêt cité à la note qui précède.

priétaire des biens dotaux, et que par conséquent la femme seule peut aliéner ces biens.

Or, il est évident que l'art. 1558 du Code civil a eu pour but, non de porter atteinte aux dispositions des art. 1551 et 1552 du Code civil, desquelles il résulte que la femme est propriétaire des biens dotaux, mais seulement de déroger au principe de l'inaliénabilité posé par l'art. 1554 du Code civil.

Si l'art. 1558 ne déclare pas que le consentement de la femme est nécessaire pour l'aliénation, c'est que les rédacteurs du Code civil n'ont pas, après avoir introduit des principes nouveaux, réussi à effacer toutes les empreintes des anciennes doctrines.

Le mari peut toutefois provoquer, sans le consentement de sa femme, un partage provisionnel des biens dotaux, parce qu'un partage provisionnel ne porte point atteinte aux droits du propriétaire.

406. — L'autorisation de justice exigée par l'art. 1558 du Code civil est absolument nécessaire pour la validité de l'aliénation. En effet, ce contrôle de la justice est le seul moyen de garantir que l'aliénation des immeubles dotaux n'aura lieu que dans les cas prévus par la loi. L'autorisation donnée par le mari ne dispenserait donc pas de recourir à l'autorisation de la justice(1).

Mais l'autorisation de justice a dans ce cas, comme dans tous autres, pour effet de dispenser d'obtenir l'autorisation du mari.

---

(1) « Dans les cas prévus par l'art 1558, la vente sera préala- « blement autorisée sur requête par jugement rendu en audience « publique. » (Loi du 3 juin 1841, art. 997.)

407. — On a prétendu que cependant la femme ne peut sans l'autorisation de son mari, et avec l'autorisation de justice, donner aux enfants communs la nue propriété des biens dotaux.

Cette doctrine est fondée sur la différence de rédaction qui existe entre les art. 1555 et 1556 du Code civil, différence que l'on présente comme ayant pour but de maintenir l'autorité paternelle sur les enfants communs. Mais cet argument de texte se trouve complétement réfuté par ce passage du rapport du tribun Duveyrier, qui, expliquant la portée des art. 1555 et 1556, s'exprime ainsi : « Dans ces deux cas la « femme n'a besoin que du consentement du mari; ce « n'est qu'à défaut de ce consentement qu'elle a re- « cours à l'autorisation du juge. »

Nous n'ignorons pas combien sont en général fragiles les inductions tirées de quelques paroles extraites des discussions dans lesquelles la loi a été élaborée; cependant le passage que nous venons de citer est si positif et d'une telle conformité avec les principes généraux, qu'il est impossible de ne pas le considérer comme étant une exacte interprétation de la loi.

Ce serait d'ailleurs à tort que, pour justifier le sens que l'on attribue à l'art. 1556, on voudrait faire considérer la puissance paternelle comme intéressée dans la question, puisque la femme, sous tous les régimes, peut donner ses biens personnels à ses enfants avec la seule autorisation de justice, puisque des tiers eux-mêmes peuvent faire des donations aux enfants sans l'assentiment du père (1).

---

(1) A. D., 318.

408. — L'aliénation des immeubles dotaux consentie par la femme avec ou sans l'autorisation du mari, ne porte pas atteinte aux droits du mari comme usufruitier.

Ce principe souffre cependant exception lorsque le mari autorise sa femme à aliéner les biens dotaux pour l'établissement des enfants d'un premier lit; dans ce cas l'aliénation porte même sur le droit de jouissance du mari (art. 1555, C. civ.) (1).

Nous pensons que ce principe souffre encore exception lorsque l'aliénation a lieu, même avec la seule autorisation de justice, pour fournir des aliments à la famille ou pour tirer le mari ou la femme de prison; car les obligations qui motivent l'aliénation de l'immeuble dotal sont, dans ces cas, imposées au mari aussi bien qu'à la femme. Ce n'est même qu'à défaut par le mari de pouvoir les acquitter sur ses propres biens que l'immeuble dotal peut être vendu.

409. — Nous avons démontré que la faculté d'aliéner les immeubles dotaux, stipulée par contrat de mariage, emporte la faculté de les hypothéquer (2). La faculté d'aliéner les immeubles accordée par la loi contient à plus forte raison la même faculté de les hypothéquer, puisque la loi ne déroge au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux que dans des cas de nécessité absolue ou d'utilité évidente (3).

(1) Voir *suprà*, n° 158.

(2) Voir *suprà*, n° 382.

(3) Montpellier, 7 juin 1825; *J. du P.*, 1825, p. 554. — Nîmes, 10 août 1837; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 520. — DURANTON, t. XV, n° 491. — *Contrà*, Bordeaux, 11 août 1836; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 428.

Du remploi.

410. — Le remploi est obligatoire lorsque l'immeuble n'a été déclaré aliénable que sous condition de remploi du prix (art. 1557, C. civ.).

Il est également obligatoire aux cas d'aliénation prévus par l'art. 1558 du Code civil, quand l'excédant du prix est au-dessus des besoins, et encore quand, au cas d'échange, il existe une soulte au profit de la femme (art. 1559, C. civ.).

411. — Si la soulte ou l'excédant du prix de la vente est trop modique pour qu'on puisse en faire le placement en acquisition d'immeubles, on doit placer ces sommes sur hypothèque ou de toute autre manière qui assure leur conservation, sans que jamais elles puissent être laissées à la disposition du mari.

Le mode de placement est déterminé par le tribunal.

A part ce cas exceptionnel qui résulte de la force même des choses, le remploi doit toujours avoir lieu en immeubles. En effet, le remploi en immeubles présente, à raison de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal, une garantie que l'on ne trouverait pas même dans un placement sur première hypothèque (1).

Cette règle, toutefois, n'empêche pas qu'il n'y ait remploi suffisant du prix de l'immeuble dotal, quand ce prix a été donné par la femme à ses enfants, aux termes de l'art. 1556 du Code civil. En effet, comme la Cour de Limoges l'a très-bien fait remarquer, forcer la mère à acheter un immeuble que ses enfants dona-

(1) Toulouse, 7 août 1833. — D., p. 34, 2, 9. — Paris, 26 février 1833. — D., p. 33, 2, 144.

taires pourraient vendre immédiatement après la donation, ce serait occasionner des frais inutiles (1).

412. — Une difficulté toute spéciale s'est élevée pour le cas où la vente a lieu en vertu de l'avant-dernier paragraphe de l'art. 1558.

La licitation entre cohéritiers a les caractères d'une aliénation, à l'égard des étrangers qui se rendent acquéreurs, mais non entre les cohéritiers; car chacun d'eux est censé avoir toujours été propriétaire de la part qui lui est attribuée (art. 835, C. civ.). Faut-il en conclure que, lorsqu'un des cohéritiers se rend acquéreur, il y a dispense du remploi du prix de la part indivise qui appartenait à la femme dans l'immeuble?

La Cour de Rouen a décidé négativement (2), et cette décision fait, selon nous, justement prévaloir sur la règle générale de l'art. 883 du Code civil, le principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal et du remploi, principe d'une application toute spéciale en cette occasion.

413. — Le défaut de remploi, lorsque le remploi est obligatoire, est une cause d'éviction. L'acquéreur a, par conséquent, tant que le remploi n'est pas effectué, le droit de refuser de se dessaisir du prix ou de la portion du prix dont il doit être fait remploi.

414. — La Cour de cassation est allée jusqu'à décider que l'acquéreur de l'immeuble dotal, qui n'a pas veillé à ce que le remploi fût effectué, doit restituer

---

(1) Limoges, 27 juin 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 556. — Bordeaux, 9 janvier 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 384.

(2) Rouen, 24 avril 1828. — D., p. 28, 2, 141. — Paris, 9 juillet 1828 — D., p. 28, 2, 225.

les fruits à partir du jour de la demande en séparation de biens (1). Elle lui refuse ainsi le droit qui appartient à tout possesseur de bonne foi de faire les fruits siens.

Cette doctrine est assurément fort rigoureuse, et on ne peut nier que des comptes de fruits auxquels elle donnera lieu ne doivent naître des débats presque inextricables. Cependant il est impossible de ne pas reconnaître que l'acquéreur ne peut se prévaloir des art. 549 et 550 du Code civil.

En effet, tant que le remploi n'est pas effectué, le titre translatif de propriété n'est pas régulier, et l'acquéreur ne peut prétendre qu'il ignore cette irrégularité, puisqu'il était tenu de veiller à ce qu'elle ne se produisît pas.

415. — Le débiteur d'une créance qui vient à être constituée en dot, avec stipulation d'emploi des deniers, est-il responsable du défaut d'emploi?

Nous ne le croyons pas. Le créancier n'a pas la faculté d'aggraver la position de son débiteur en soumettant à certaines conditions la validité de sa libération. Le contraire a cependant été jugé par la Cour d'Aix, le 20 juin 1834 (2).

416. — Le mari ne pouvant se faire un titre de l'inexécution de ses engagements, ne serait pas recevable à demander la nullité de la vente, faute de remploi.

Il n'en est point, en effet, de ce cas comme de celui où, l'inaliénabilité étant absolue, le mari ne peut ré-

(1) Cass., 28 mars 1820; *J. du P.*, 1820, p. 894.

(2) D., p. 34, 2, 231.

parer l'infraction qu'il a commise aux conventions matrimoniales qu'en faisant révoquer la vente (1).

Il n'y a donc que la femme qui puisse exercer l'action en révocation de la vente faute de remploi.

Or, la femme n'a la faculté d'exercer cette action qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage.

D'où il suit que le remploi peut être utilement fait jusqu'au jour de la demande en séparation de biens ou de la dissolution du mariage.

417. — Le remploi n'est exigé que pour que la femme ne perde pas le prix de son immeuble. Par conséquent, l'acquéreur, en payant une seconde fois, peut toujours faire tomber l'action en révocation dirigée contre lui.

Si la femme prétendait que, le mariage s'étant dissous ou la séparation ayant été prononcée avant que le remploi ait été effectué, la condition à laquelle la validité de la vente était subordonnée a fait défaut, et qu'ainsi cette vente est résolue de droit à son profit, on répondrait victorieusement, dans l'intérêt de l'acquéreur, que, si celui-ci eût gardé le prix entre ses mains, on ne pourrait se prévaloir du défaut de remploi, et qu'en offrant de payer une seconde fois il ne laisse à la femme aucun sujet de se plaindre (2).

Mais l'acquéreur ne peut repousser l'action de la femme, en prétendant que la fortune du mari est suf-

(1) Cass., 29 janvier 1822; *J. du P.*, 1822, p. 79.

(2) *Sic*, Agen, 28 mars 1832. — D., p. 32, 2, 141. — *Contrà*, Rouen, 19 mai 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 403. — Limoges, 21 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 763.

fisante pour fournir la somme nécessaire pour le remploi; car, accorder ce droit à l'acquéreur, ce serait exiger de la femme une discussion préalable des biens du mari, et, par conséquent, faire retomber sur elle les effets de la faute de l'acquéreur (1).

418. — Les observations que nous avons présentées au régime de la communauté, sur les formes et les conditions du remploi, sont également applicables au régime dotal. Nous devons, par conséquent, y renvoyer sans les reproduire.

De la restitution de la dot.

419. — Le mari doit restituer la dot à la dissolution du mariage ou lors de la séparation de biens (2).

420. — Lorsque la dot consiste en objets dont la femme a conservé la propriété, la restitution peut en être immédiatement exigée. Les juges n'auraient même pas la faculté d'accorder, par application de l'art. 1244 du Code civil, des délais modérés, car cette faveur ne peut être accordée qu'au débiteur qui se trouve dans l'impossibilité de payer, et non au détenteur d'objets qui appartiennent à autrui.

Lorsque, au contraire, la dot consiste en une créance contre le mari, elle n'est exigible qu'au bout d'un an.

421. — Les biens dotaux sont restitués à la femme

---

(1) L'acquéreur, en payant ainsi une seconde fois, est subrogé à l'hypothèque légale de la femme, par application du §. 3 de l'art. 1251 du Code civil.

(2) Nous renvoyons au chapitre *De la Séparation de biens* pour tout ce qui est relatif aux modifications qu'elle apporte à la position des époux.

dans l'état où ils se trouvent, dégradés ou améliorés. Les accessoires, lors de la restitution du fonds dotal, ne peuvent être séparés des biens dotaux, quand même ils n'auraient pas existé lors du mariage. Mais le mari, si les dégradations lui sont imputables, doit indemnité à la femme; et réciproquement la femme doit indemnité à son mari pour les améliorations qu'il a faites (1).

422. — S'il a été stipulé dans le contrat de mariage que la dot serait remise non au mari, mais à une tierce personne, lequel de la femme ou du mari doit supporter la perte ou les détériorations des biens dotaux survenues par la faute du tiers?

Lorsque le mari est propriétaire de la dot et la femme créancière de la valeur, il n'y a pas de difficulté possible; les pertes doivent toujours retomber sur le mari. Lorsque, au contraire, la femme est propriétaire de la dot, le mari n'est responsable des détériorations commises par le tiers administrateur, qu'autant qu'il se trouve lui-même constitué en faute pour n'avoir pas surveillé l'administration de ce tiers.

Cependant la Cour de Nîmes (2) a posé en principe que le mari était toujours responsable de la dot, même lorsqu'elle avait été remise à un tiers.

Cet arrêt ne peut infirmer la doctrine que nous venons d'émettre. La Cour de Nîmes part en effet du principe que le mari est propriétaire de la dot et la femme créancière de la valeur, principe qui était juste

(1) On fixe le montant de cette indemnité en appliquant la distinction classique entre les dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires.

(2) 12 juillet 1831. — D., p. 31, 2, 216.



dans l'espèce dont il s'agit parce que la dot consistait en une somme d'argent, mais qui est complétement faux lorsqu'il est généralisé ainsi que la Cour l'a fait dans ses motifs.

423. — La femme ne peut exiger la restitution de sa dot qu'autant qu'elle prouve que son mari l'a reçue. La preuve de l'apport de la dot se fait d'après les règles générales de la preuve des apports (1).

424. — La femme, cependant, est dispensée de toute preuve lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot (art. 1569, C. civ.).

Le mari n'est pas tenu de la restitution s'il justifie de diligences inutilement faites pour s'en procurer le paiement.

Cette exception démontre que la disposition principale de l'art. 1569 du Code civil ne repose pas sur la présomption que le mari a, au bout de dix ans, touché la dot, mais bien sur ce que, s'il a laissé ce laps de temps s'écouler sans agir contre les débiteurs de la dot, il s'est rendu coupable d'une négligence dont il doit porter la peine. L'art. 1569 ne constitue donc pas une dérogation au système des preuves, il n'est que la conséquence d'une responsabilité particulière imposée au mari qui s'est marié sous le régime dotal.

425. — Si l'art. 1569 ne repose que sur une présomption de négligence, le mari est recevable à s'affranchir des conséquences de cet article, en prouvant qu'il n'y a pas eu de négligence de sa part ; cette preuve serait suffisamment faite si le mari établissait que le

(1) Voir n° 312 et suivants.

débiteur de la dot était dans un état d'insolvabilité complète, et que des poursuites dirigées contre lui auraient certainement été sans résultat.

Réciproquement, quoique dix ans ne se soient pas écoulés, la femme doit être admise à prouver que le mari a été en faute en n'exigeant pas le paiement de la dot; car si le mari a été en faute, la femme a droit d'être indemnisée par lui de la perte de la dot.

426. — Dans le cas où la dot n'est restituable qu'au bout d'un an, la femme a droit d'exiger les intérêts de la dot pendant l'an de deuil, ou des aliments pendant ce temps, aux dépens de la succession du mari (art. 1570, C. civ.).

Si la femme opte pour les aliments, le mari ne peut évidemment lui enlever le bénéfice de son option en offrant de lui restituer sa dot immédiatement.

Or, la femme qui peut exiger immédiatement la restitution de sa dot, et la femme à qui la restitution de cette dot est offerte, sont dans une position semblable, et l'une ne mérite pas moins de faveur que l'autre.

D'où nous concluons que lorsque la dot est immédiatement restituable, la femme a pareillement le droit d'exiger des aliments pendant l'an du deuil, en ajournant à l'expiration de ce temps la restitution de sa dot.

427. — Le droit aux aliments n'étant accordé à la femme que sous forme d'option, et n'étant présenté que comme l'équivalent du droit d'exiger les intérêts de la dot, il semble qu'il n'appartienne qu'à la femme qui a apporté une dot.

Cependant, si l'on considère que sous l'ancienne jurisprudence le droit aux aliments pendant l'année de

la dissolution du mariage était accordé dans tous les cas à la femme (1); — que sous l'empire du Code civil, ce droit appartient à la femme, quelque faible que soit la dot; — que si l'on refusait à la femme qui n'a apporté aucune dot des aliments pendant l'année de viduité, cette femme se trouverait dans la nécessité d'employer à se procurer des aliments les sommes qui lui sont allouées pour son deuil; on sera vivement porté à ne pas s'arrêter aux apparences résultant du texte, et à reconnaître que la femme même sans dot a droit à des aliments.

428. — Lorsque la femme a apporté une dot, le montant de la pension alimentaire est fixé à raison de l'importance de cette dot.

Lorsque la femme n'a pas apporté de dot, ou lorsque cette dot est d'une faible valeur, la pension alimentaire est fixée d'après les bases ordinaires de toute pension alimentaire, c'est-à-dire eu égard à la fortune du mari et aux besoins de la femme.

429. — Soit que la femme opte pour les aliments, soit qu'elle opte pour le service des intérêts de sa dot pendant l'année, elle a droit à ce que l'habitation et le deuil lui soient fournis pendant ce temps sur sa succession et sans imputation sur les intérêts à elle dus.

430. — La femme a de plus le droit de reprendre les linges et les hardes à son usage actuel, sauf à précompter leur valeur sur sa part lorsqu'ils ont été constitués avec estimation.

Si les linges et hardes ont été primitivement constitués sans estimation, la loi présume qu'ils étaient d'une

(1) MERLIN, *Répertoire*, v° *Dot*, §. 11, n° 6.

valeur égale à la valeur des linges et hardes qui sont à l'usage actuel de la femme lors de la dissolution du mariage. Il s'établit par conséquent une compensation entre la valeur des linges apportés et la valeur des linges repris.

431. — Nous pensons, d'après les motifs que nous avons présentés au sujet des aliments pendant l'an de deuil, que la femme qui n'a apporté ni linges, ni hardes, ni aucune dot, a droit de reprendre les linges et hardes à son usage.

432. — Si la femme n'a apporté ni linges, ni hardes, mais une dot composée d'autres valeurs, doit-elle précompter la valeur des linges qu'elle retire sur le montant des autres reprises qu'elle a à exercer?

La solution de cette question nous paraît devoir être affirmative. En effet, le vœu de la loi est que la femme ne reprenne pas plus qu'elle n'a apporté. Si en quelques occasions il en est autrement, ce n'est jamais que parce que des motifs de décence ou d'humanité l'exigent; ou bien encore parce qu'il est impossible d'apprécier exactement la valeur des apports; ce qui arrive dans le cas où la femme a apporté des linges et hardes qui n'ont pas été estimés.

Or, nul de ces motifs n'est applicable au cas où la femme n'a pas apporté de linges ou d'effets à son usage, et où d'ailleurs elle exerce des reprises pour d'autres causes contre son mari.

433. — En principe, lorsque les objets donnés en avancement d'hoirie viennent à périr, le rapport n'en est pas moins dû par le donataire à la succession du donateur.

Il en est autrement de la dot, lorsque le mari était

insolvable et n'avait ni art ni profession au moment du mariage. Dans ce cas, la femme ne doit rapporter à la succession de son père que l'action contre son mari (art. 1573, C. civ.); car la perte de la dot étant imputable à l'imprudence du père, il ne serait pas juste que la femme en supportât les effets.

On interpréterait justement la loi en considérant comme sans profession le mari qui n'en aurait que le titre honorifique.

434. — Si la femme s'est mise par sa faute dans l'impossibilité de rapporter à la succession de son père l'action contre son mari, par exemple, si elle a renoncé à cette action, elle reste débitrice de la dot elle-même envers la succession.

Il en est de même dans le cas où la femme ne peut rapporter l'action que l'aliénation de la dot lui donne contre les tiers.

Ainsi, dans le cas où la femme s'est dépouillée du droit d'exercer l'action révocatoire contre le tiers acquéreur de l'immeuble dotal, ou lorsqu'elle a laissé cette action s'éteindre par prescription, elle ne se libère pas envers la succession en rapportant l'action en indemnité contre son mari.

435. — Il est évident que si l'immeuble est détérioré, la femme ne doit le rapporter à la succession que dans l'état où il se trouve; mais elle doit en outre rapporter l'action en indemnité qui lui appartient pour raison de ces détériorations.

Du partage des fruits.

436. — Les fruits de la dot étant destinés à subvenir aux charges du mariage, ils n'appartiennent au

mari qu'en proportion du temps pendant lequel le mariage a duré (art. 1571, C. civ.).

437. — De ce principe rapproché de la règle que les fruits de l'année sont destinés à subvenir aux charges de l'année, il suit que le mari a droit à un nombre de récoltes égal au nombre d'années pendant lequel le mariage a duré; — mais aussi qu'il ne peut conserver un plus grand nombre de récoltes qu'il n'y a eu d'années de mariage, quand même ce nombre plus grand de récoltes eût été fait durant le mariage.

Ainsi, si le mariage était célébré le 1er août avant la récolte, et s'il venait à se dissoudre le 1er août suivant après la seconde récolte, le mari devrait restituer la seconde récolte en totalité; car la seconde récolte est destinée à fournir aux besoins de la femme pendant l'année qui suit la dissolution du mariage.

438. — L'esprit d'équité qui a introduit cette disposition voudrait que le mari tînt compte à la femme des frais par elle faits pour la production de la récolte que le mari trouve sur pied, et, réciproquement, que la femme tînt compte à son mari des frais de culture qui ont produit la récolte qu'on restitue. Néanmoins, nous croyons qu'on doit décider qu'il ne sera dû indemnité ni de part ni d'autre, qu'il s'établit une sorte de compensation entre les frais faits à l'occasion de la première récolte et les frais faits à l'occasion de la seconde.

Cette compensation s'établit entre l'usufruitier et le nu propriétaire (art. 585, C. civ.); il suffit qu'il ne soit pas expressément dérogé sur ce point aux règles du droit commun, pour que ces règles subsistent.

439. — Des principes que nous avons posés en com-

mençant, il suit encore que les fruits de la dernière année se partagent à raison du nombre de jours que le mariage a duré pendant cette année (art. 1571, C. civ.). Le partage des fruits qui s'acquièrent régulièrement jour par jour (art. 584 et 586, C. civ.) ne présente aucune difficulté. Les fruits qui sont échus avant la dissolution du mariage appartiennent au mari; ceux qui sont échus après cette époque appartiennent à la femme.

440. — Mais on a fait à propos du partage des fruits irréguliers, c'est-à-dire de ceux qui ne se produisent pas d'une manière égale chaque jour de l'année (1), de fort savantes théories, et par cela même on a soulevé d'inextricables difficultés. Pour nous, nous croyons qu'il suffit de faire observer que le partage s'opère sur la totalité des fruits de l'année; qu'il faut par conséquent, pour effectuer le partage, attendre que l'année soit expirée; qu'alors on fait masse des fruits et qu'on les répartit comme s'ils se fussent régulièrement produits, jour par jour (2).

441. — Si le mode d'exploitation est de telle nature que les fruits ne soient pas perçus chaque année, mais à des époques périodiques plus ou moins éloignées, les produits de chaque période doivent se diviser également entre chacune des années dont cette période se compose, et la répartition des produits doit se faire en conséquence.

(1) Sont fruits irréguliers les produits des terres, les produits des établissements commerciaux ou industriels (art. 583, C. civ.).

(2) Il n'y a de fruits que frais déduits; mais on comprend que les frais de premier établissement ou de changement de destination ne doivent pas être exclusivement à la charge des produits de la première année; que ces frais doivent se répartir proportionnellement sur la totalité de l'exploitation.

Ainsi, par exemple, si le bien dotal consiste en bois ne se coupant que tous les cinq ans, en terres restant pour la totalité en jachères une année sur trois, le mari a droit pour chaque année de mariage au cinquième du produit des bois, aux deux tiers du produit des terres, et la part affectée à la dernière année doit se partager conformément à l'art. 1571 du Code civil.

442. — La loi, en fixant au jour correspondant à celui du mariage le point de départ de la dernière année pour laquelle les fruits se partagent proportionnellement, a indemnisé le mari du retard qui serait apporté à sa jouissance, lorsque ce retard n'excède pas une année. Ainsi au cas de mariage contracté à la date du 1er janvier 1839, d'entrée en jouissance des biens dotaux au 1er août de la même année avant la récolte faite, de dissolution du mariage au 1er août 1840 après la perception de la seconde récolte, le mari doit conserver les sept douzièmes de cette récolte; tandis que si la dernière année se comptait à partir de l'entrée en jouissance, le mari devrait restituer cette récolte tout entière.

Des biens paraphernaux.

443. — Les art. 1574 et suivants du Code civil, où il est traité des biens paraphernaux, et les art. 1536 et suivants du même Code, où il est question de la séparation de biens contractuelle, sont, à la différence de rédaction près, identiques et font double emploi.

C'est pourquoi, pour tout ce qui concerne les biens paraphernaux, nous renvoyons au chapitre où nous traitons de la séparation de biens contractuelle.

CHAPITRE VI.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS CONTRACTUELLE.

SOMMAIRE.

Droits de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens contractuelle. — De l'obligation imposée à la femme de contribuer aux charges du ménage. — Des obligations du mari lorsqu'il a administré les biens de sa femme et qu'il en a eu la jouissance.

Droits de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens contractuelle.

444. — Sous le régime de séparation de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens et la jouissance libre de ses revenus (art. 1536, C. civ.).

445. — La première question qui se présente est donc celle de savoir quelle est la nature des actes d'administration et quelle est l'étendue du droit d'administrer.

Les actes d'administration sont caractérisés par leur but, qui est de conserver les biens administrés et de les faire produire. Le droit d'administrer, par conséquent, ne comprend pas le droit d'aliéner les biens qui font l'objet de l'administration. Ainsi le tuteur (1) ou le

---

(1) Nous disons que le droit d'administrer ne confère pas au tuteur le pouvoir de vendre les biens du pupille. En effet, les immeubles du pupille ne peuvent être vendus qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 457, C. civ.), et les meubles doivent être vendus avec formalités judiciaires au moment de l'entrée en ges-

mari (1) ne peuvent aliéner les biens du pupille ou de la femme.

Cependant le propriétaire qui, frappé d'incapacité, est réduit à n'avoir sur ses biens qu'un droit d'administration, n'est pas privé de la faculté d'aliéner son mobilier (2).

Le mineur émancipé et la femme séparée de biens peuvent aliéner leur mobilier (art. 484 et 1449, § 2, C. civ.).

Le droit d'aliéner son mobilier qui appartient à la femme séparée de biens est-il illimité ou se restreint-il aux actes qui à raison de leur but peuvent être assimilés aux actes d'administration? Cette question est intimement unie à celle de savoir si la femme séparée de

---

tion du tuteur, précisément afin que celui-ci ne puisse en disposer pendant le cours de son administration (art. 452, C. civ.). Le tuteur peut sans doute aliéner les meubles qu'il est autorisé à conserver en nature; mais, ce n'est pas dans ses pouvoirs comme administrateur, c'est uniquement dans l'estimation qui est faite de ces meubles au moment où ils lui sont remis qu'il puise le droit de les aliéner. L'estimation est considérée dans ce cas comme translative de propriété : ce qui le prouve, c'est que le tuteur doit tenir compte du prix des meubles sur le pied de l'estimation, et non sur le pied de la vente.

(1) Voir *suprà*, nos 206 et 344.

(2) Nous avons déjà donné la raison de cette différence lorsque nous avons dit que l'administrateur autre que le propriétaire devant respecter le prix d'affection que le propriétaire attache à sa chose, ne peut aliéner une partie des biens pour améliorer le surplus de ces mêmes biens, tandis que le motif de refuser d'une manière absolue le droit d'aliéner n'existe pas quand le droit d'administrer est exercé par le propriétaire lui-même.

biens a capacité pour contracter des obligations autres que celles qui sont relatives à l'administration de ses biens. En effet, si la femme a plein pouvoir d'aliéner son mobilier, il est impossible de restreindre sa capacité de s'obliger sur son mobilier puisque, au moyen de dations en paiement qui, valables comme donations, échapperaient aux critiques du mari, la femme aurait la faculté de se soustraire aux conséquences de l'annulation de ses obligations; d'autre part, si la femme a capacité pour consentir toutes sortes d'obligations exécutoires sur son mobilier, on ne peut lui refuser la faculté indéfinie d'aliéner son mobilier, puisque au moyen d'obligations consenties à l'avance la femme s'affranchirait des restrictions apportées à sa capacité d'aliéner son mobilier.

En sens inverse, il est évident qu'on ne peut sans contradiction reconnaître à la femme une pleine capacité de s'obliger sur son mobilier si elle n'est investie que restrictivement du droit d'aliéner son mobilier, et, par réciprocité, que si elle n'a que dans certaines limites la capacité de s'obliger sur son mobilier, elle ne peut être considérée comme ayant une liberté entière d'aliéner son mobilier.

Or, si la femme avait la capacité illimitée de s'obliger sur son mobilier, l'autorité maritale périrait sous une exception si large apportée aux principes posés par les art. 217 et suivants du Code civil.

D'ailleurs la capacité de s'obliger dérivant pour la femme séparée de biens du pouvoir d'administrer qui lui est conféré, la conséquence ne serait point en rapport avec le principe si cette capacité s'étendait aux actes qui ne sont pas relatifs à l'administration. La

Cour de cassation a consacré cette doctrine avec une remarquable persévérance (1).

La femme séparée de biens n'est donc capable de s'obliger que relativement à l'administration de ses biens; d'où nous concluons qu'elle n'est capable d'aliéner son mobilier que pour raison de l'administration de ses biens.

Nous opposerait-on les termes du §. 2 de l'article 1449 du Code civil, qui porte, sans restriction, que la femme séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner? Mais ce texte, pour être sainement interprété, doit être combiné avec les autres dispositions qui l'environnent, et considéré dans ses rapports avec la matière réglée par l'art. 1449. Or, l'art. 1449 n'a pour but que de faire connaitre les modifications que la femme éprouve dans sa position juridique, par suite de la capacité d'administrer que la séparation de biens lui confère. Par conséquent, à moins que l'aliénation du mobilier ne soit de sa nature et dans tous les cas un acte d'administration, on ne peut prétendre que le droit illimité d'aliéner le mobilier se rattache au droit d'administrer. Or, les art. 284 et 1576 du Code civil, indépendamment des autres motifs que nous avons déjà donnés, ne permettent pas de s'arrêter à cette idée. Le §. 2 de l'art. 1449 du Code civil développe donc, sans l'étendre, la disposition du paragraphe précédent qui n'accorde à la femme qu'un droit d'administration.

(1) Cass., 12 février 1828. — Cass., 18 mars et 5 mai 1829. — Cass., 7 décembre 1830. — Cass., 3 janvier 1831. — Cass., 21 août 1839; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 204.

446. — Toutefois, il faut se garder de restreindre outre mesure la capacité de la femme séparée de biens en cherchant des analogies entre sa position et celle du mineur émancipé. Le mineur émancipé n'a pas la capacité de faire tous les actes d'administration. Ainsi, il ne peut ni recevoir un capital mobilier, ni emprunter, lors même que l'emprunt serait relatif à l'administration de ses biens; tandis que le droit de faire ces actes appartient à la femme séparée de biens, par cela seul qu'il ne lui a pas été expressément refusé (1).

447. — Il n'est pas dérogé en faveur de la femme séparée de biens à l'incapacité absolue d'ester en justice dont la femme est frappée par l'art. 215 du Code civil; par conséquent, le mari doit être appelé avec sa femme pour l'autoriser, même lorsqu'il s'agit d'actions mobilières; par conséquent encore, le jugement doit être signifié au mari pour faire courir contre la femme les délais d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation.

La jurisprudence décide invariablement qu'il doit être laissé au mari une copie séparée de l'assignation (2), de l'acte d'appel (3), de la signification du jugement (4).

448. — L'indépendance toute particulière qui appartient à la femme séparée de biens affranchit le mari

(1) Besançon, 31 janvier 1827. — S., 27, 2, 250.

(2) Cass., 1er novembre 1812. — S., 12, 1, 318. — Cass., 10 avril 1818. — S., 18, 1, 356. — Cass., 8 avril 1829. — S., 29, 1, 130.

(3) Cass., 17 novembre 1823. — S., 24, 1, 66.

(4) Cass., 10 janvier 1826. — S., 26, 1, 334. — Cass., 6 mars 1827. — S., 27, 1, 384.

de la responsabilité dont, sous les autres régimes, il est tenu à l'égard des biens de sa femme.

Ainsi, en thèse générale, le mari n'est pas responsable du remploi du prix des immeubles que sa femme séparée de biens a aliénés. Cependant la loi, toujours vigilante, afin de prévenir les effets de l'influence du mari et de maintenir l'intégrité du patrimoine de la femme, a posé, dans l'art. 1450 du Code civil, une présomption fort remarquable. Le mari est, aux termes de cet article, présumé avoir profité du prix de la vente, lorsque la vente a eu lieu en sa présence et de son consentement.

Le concours de ces deux conditions est expressément exigé par la loi; on ne doit donc pas décider avec certains auteurs que l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces deux conditions suffit pour qu'il y ait lieu de faire application de l'art. 1450 du Code civil.

449. — Autoriser, c'est consentir. Par conséquent, si le mari autorise sa femme en concourant à la vente, il tombe sous le coup de la présomption que nous signalons.

450. — Le mari, bien qu'étranger à l'acte de vente, est présumé avoir profité du prix, s'il a figuré dans l'acte qui contient quittance; car c'est surtout lorsque l'influence maritale se manifeste au moment où la femme touche les deniers de la vente, que la présomption de la loi peut trouver une juste application.

451. — Cette présomption de la loi a pour effet de dispenser la femme de prouver que son mari a profité du prix. La Cour d'Agen a cependant décidé le contraire par arrêt du 31 janvier 1832; mais cette Cour

a rectifié elle-même sa doctrine par arrêt du 2 juillet de la même année (1).

Si la femme est dispensée de prouver que le mari a profité du prix, le mari n'est pas privé de la faculté de prouver qu'il n'en a pas profité. Le mari est donc déchargé des conséquences de la présomption légale, s'il établit que l'acquéreur devenu insolvable n'a pas pu payer (2), ou que la femme a touché le prix et qu'elle l'a employé dans son intérêt personnel.

Lorsque les deux circonstances exigées par l'article 1450 pour que le mari soit de droit garant du défaut de remploi ne se rencontrent pas, il est encore permis à la femme de prouver que son mari a profité du prix, et d'en réclamer le montant contre lui.

De l'obligation imposée à la femme de contribuer aux charges du ménage.

452. — La femme doit ainsi que le mari contribuer aux charges du ménage. La loi a fixé la part contributoire de la femme au tiers de ses revenus (art. 1448, C. civ.).

De ce que la femme doit contribuer pour une certaine quotité aux charges du ménage, il ne faut pas conclure que le mari ait le droit de percevoir lui-même cette quote-part des revenus ; il a seulement le droit d'exiger que ces revenus lui soient remis.

Le mari n'a même pas, les cas de fraude exceptés, le droit de critiquer l'administration de la femme; car le créancier ne peut attaquer que les actes faits

---

(1) Ces deux arrêts sont rapportés dans Dalloz, ann. 1832, 2, 154.

(2) Paris, 2 messidor an XI — D. A., 10, 283.

en fraude de ses droits, et le mari n'est à cet égard que créancier de sa femme.

453. — La femme peut-elle aliéner ses revenus à venir, pour la portion même qui est affectée aux charges matrimoniales?

Nous croyons qu'elle le peut. En effet, la destination de ces revenus n'est pas assez expresse pour qu'ils soient, à raison de cette participation, frappés d'inaliénabilité. D'ailleurs, la femme n'est pas débitrice des revenus eux-mêmes; elle n'est débitrice que d'une somme équivalente à ces revenus. Par conséquent, il n'importe au mari que les revenus soient aliénés, si la femme lui paie les sommes qu'elle lui doit.

454. — Si la femme s'est engagée par contrat de mariage à contribuer aux charges de la vie commune non pour une quote-part de ses revenus, mais pour une quote-part des charges elles-mêmes, elle a le droit de faire fixer par les tribunaux le chiffre des dépenses du ménage. Nous pensons que la part contributoire de la femme dans ces dépenses ainsi fixées par justice ne doit pas excéder ses revenus. Il est raisonnable, en effet, de supposer qu'en s'obligeant à contribuer pour une quote-part aux charges du ménage, la femme a entendu ne s'engager que jusqu'à concurrence de ses revenus (1).

Toutefois, l'opinion que nous émettons doit évidemment fléchir dans le cas où il apparaîtrait des circonstances que la femme a consenti à contribuer aux

(1) Angers, 26 mai 1810 — D. A., 10, 284.

charges du ménage, même pour une part qui excéderait ses revenus.

455. — Les époux doivent, afin d'éviter toute difficulté, avoir le soin de fixer par des comptes annuels le montant des revenus de la femme, lorsque celle-ci doit contribuer aux charges pour une quote-part de ses revenus, et de fixer le montant des charges du ménage lorsque la femme doit contribuer pour une quote-part de ces charges.

456. — Si les époux sont convenus de contribuer aux charges du ménage sans fixation de quote-part, une telle convention peut légitimement être interprétée comme contenant dérogation à la disposition de loi qui veut que la femme contribue pour le tiers de ses revenus, et comme obligeant seulement les époux à y contribuer proportionnellement à leurs facultés. Mais il semble que dans ce cas où tout doit se régler amiablement, la femme n'est pas tenue de prouver par quittance qu'elle a contribué pour sa part aux dépenses communes.

457. — Lorsque la femme a laissé son mari jouir de ses biens, elle n'a pas le droit de lui demander compte des fruits consommés (art. 1539, C. civ.).

Quand cette jouissance prend fin, soit parce que le mariage se dissout, soit parce que la femme manifeste la volonté de faire cesser cet état de choses, le mari doit restituer les fruits non consommés et à plus forte raison les fruits non perçus. Mais la femme, de son côté, doit supporter dans les frais de culture une part proportionnelle à l'importance des fruits qu'elle reprend (art. 548, C. civ.).

Il est évident qu'il n'y a à faire sur les fruits resti-

tués à la femme aucune déduction pour frais d'ensemencement et de culture, si ces frais ont été acquittés avec les fruits consommés (1).

458. — On ne peut appliquer, même quant aux charges relatives aux fruits non perçus, la disposition de l'art. 585 du Code civil, qui veut qu'il n'y ait lieu à aucune récompense entre l'usufruitier et le nu propriétaire à raison des labours et des semences. En effet, la femme a toujours la faculté de faire cesser la jouissance du mari quand il lui plait de faire acte d'opposition. Par conséquent, si elle pouvait se prévaloir des dispositions de l'art. 585 du Code civil, il lui serait toujours possible, en formant cet acte d'opposition au moment où les fruits vont être perçus, de s'approprier les dépenses faites par le mari. L'*alea* auquel est soumis le droit de l'usufruitier et qui seul justifie la disposition de l'art. 585 ne se rencontrant pas, cet article ne peut donc être appliqué.

Des obligations du mari lorsqu'il a administré les biens de sa femme et qu'il en a eu la jouissance.

459. — Le mari qui a administré les biens de sa femme en vertu d'une procuration qui lui a été donnée par celle-ci, avec charge de rendre compte des fruits, est tenu vis-à-vis de sa femme comme tout mandataire (art. 1577, C. civ.).

Dans ce cas, par conséquent, les obligations et les droits respectifs du mari et de la femme seront déterminés d'après les règles posées par le Code civil, aux chapitres 2 et 3 du titre du mandat.

460. — Le mari qui a administré les biens de sa

(1) Cass., 21 août 1837; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 218.

femme en vertu d'une procuration qui ne contenait pas charge de rendre compte des fruits, est réputé avoir été dispensé de cette obligation (arg. des art. 1577 et 1578, C. civ.). Par conséquent, il n'est pas comptable de tous les fruits qu'il a perçus et qui ont été consommés avant que la femme lui ait demandé compte.

Cette présomption de dispense de rendre compte cesse de droit à la dissolution du mariage; le mari doit donc représenter tous les fruits existants à cette époque.

461. — La femme qui laisse jouir son mari de ses biens est réputée lui avoir donné mandat tacite à cet effet. Ce mandat tacite a, quant au compte des fruits, les mêmes effets que le mandat exprès donné sans charge de rendre compte (art. 1578, C. civ.).

462. — Mais lorsque le mari a joui des biens de sa femme malgré l'*opposition constatée* de celle-ci, on ne peut le considérer comme mandataire de celle-ci, ni surtout le dispenser de rendre compte. Dans ce cas, par conséquent, le mari est comptable envers sa femme de tous les fruits tant perçus que consommés (art. 1570, C. civ.), et cela sans préjudice de tous dommages-intérêts.

463. — En se servant de cette locution, *opposition constatée*, la loi a évidemment eu pour but d'indiquer que cette opposition doit être constatée par acte extrajudiciaire (1). Il importait, en effet, de ne pas permettre à la femme d'essayer de revenir, au moyen d'allégations, sur les avantages qu'elle aurait accordés à son mari en le laissant jouir de ses biens.

(1) Toullier, t. XIV, n° 364

CHAPITRE VII.

DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE.

SOMMAIRE.

Causes de la séparation de biens judiciaire. — Effets du jugement de séparation de biens. — Formalités et nullité de la séparation de biens judiciaire.

Causes de la séparation de biens judiciaire.

464. — L'administration et la jouissance des biens de la communauté et des biens personnels de la femme est attribuée au mari, moins dans son intérêt particulier que dans l'intérêt de la famille. Il appartient par conséquent à la femme de poursuivre la résolution des droits du mari, lorsque ces droits ne peuvent continuer d'exister sans que les intérêts de la famille soient compromis.

De là, la séparation de biens, qui n'est à certains égards que l'application aux conventions matrimoniales du principe posé par l'art. 1184 du Code civil.

465. — Aux termes de l'art. 1443 du Code civil, la séparation de biens peut être poursuivie par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme.

Les deux causes de séparation indiquées par cet article sont fort distinctes, bien qu'au premier aspect elles semblent se confondre.

La femme peut, sans avoir apporté de dot, pré-

tendre droit à des reprises, car les reprises n'ont pas nécessairement la dot pour objet (1). D'autre part, la femme peut avoir apporté une dot sans cependant avoir de reprises à exercer (2). Le péril de la dot ne suppose donc pas nécessairement qu'il y ait lieu de craindre pour les reprises, et il peut y avoir lieu de craindre pour les reprises sans qu'il y ait péril de la dot.

Dans la première des hypothèses prévues par l'art. 1443, la séparation a pour but de faire cesser un péril actuel; dans la seconde, elle a pour but de prévenir un péril imminent.

Dans un cas, la séparation rend à la dot sa destination naturelle, qui est d'être employée à procurer à la femme et à la famille une position convenable. Dans l'autre cas, elle conserve aux droits de la femme leur utilité, en avançant le moment où ils peuvent être exercés.

466. — En dehors des énonciations de l'art. 1443, il n'y a pas de cause de séparation de biens. Ainsi, ni la saisie des immeubles du mari (3), ni l'interdiction du mari (4), ni le défaut d'emploi stipulé par contrat de mariage (5) ne donnent lieu à la séparation

---

(1) Au cas, par exemple, d'avantages matrimoniaux stipulés au profit de la femme, la femme a, quoique n'ayant pas apporté de dot, des reprises à exercer.

(2) La dot mobilière, par exemple, lorsque la femme est mariée sous le régime de la communauté.

(3) L'ancienne jurisprudence estimait que la saisie des immeubles du mari était une cause de séparation.

(4) *Sic*, Nîmes, 3 avril 1832. — D., p. 32, 2, 157.

(5) *Contrà*, Toullier, t. XIII, n° 31. Sans doute, en ne faisant pas l'emploi stipulé, le mari manque aux conditions du contrat de

de biens, si d'ailleurs la dot n'est en péril ou s'il n'y a justice de craindre pour les reprises.

Mais la séparation doit être prononcée toutes les fois que les prévisions de l'art. 1443 se réalisent, peu importe que ce soit à cause de la mauvaise conduite du mari, ou de malheurs qui ne lui sont point imputables, ou même des désordres de la femme (1). La séparation, en effet, n'est pas une punition infligée au mari, elle n'est qu'un moyen de salut réservé à la femme, au cas de péril. C'est uniquement l'existence et non la cause du péril qu'il faut considérer pour savoir s'il convient ou non de prononcer la séparation de biens.

467. — Le péril de la dot n'est une cause de séparation qu'autant qu'il est survenu depuis le mariage. Il est évident, en effet, que les conventions matrimoniales ne peuvent être modifiées pour des causes antérieures à leur formation, à moins toutefois que ces causes n'aient été dissimulées à la femme (2).

On comprend, du reste, qu'en l'absence de toute diminution de la fortune du mari, l'augmentation de la fortune de la femme ne puisse constituer un cas de péril.

468. — Il y a dot sous tous les régimes; sous tous les

---

mariage; mais il ne suit pas de là qu'il puisse faire résoudre les conventions matrimoniales. La nature de ces conventions s'oppose à ce qu'il en soit ainsi. La femme ne peut que poursuivre par les voies judiciaires ordinaires l'exécution de la clause d'emploi.

(1) Lorsqu'il est à craindre que la femme séparée de biens ne compromette sa dot par ses dissipations, on doit lui donner un conseil judiciaire.

(2) Turin, 23 mars 1811; *J. du P.*, 1811, p. 211.



régimes, par conséquent, la femme peut obtenir la séparation de biens (1). Il est évident que nous n'entendons pas parler du cas où la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens contractuelle.

469. — Il n'est pas permis de douter que la femme qui n'a apporté en dot que son industrie, ne puisse obtenir sa séparation de biens pour soustraire les produits de son travail aux dissipations de son mari, ou pour empêcher qu'ils ne deviennent la proie des créanciers de celui-ci.

470. — Si le mari a l'administration des biens de sa femme sans en avoir la jouissance (2), la femme ne peut demander la séparation de biens, mais elle a droit de se pourvoir, suivant le mode ordinaire de procéder, afin de faire déclarer son mari déchu de ses pouvoirs comme administrateur. En effet, il est facile d'apercevoir que les formalités de publicité exigées au cas de séparation de biens seraient sans utilité dans l'hypothèse dont il s'agit, puisque l'administration sans la jouissance étant une charge et non un avantage, il est indifférent pour les créanciers du mari que leur débiteur soit dépouillé du droit d'administrer.

---

(1) On a prétendu devant la Cour de Colmar, mais sans succès, que la femme mariée sous le régime d'*exclusion de communauté* ne pouvait demander la séparation de biens. On ne pourrait se rendre compte de cette prétention si l'on ne savait combien les mots peuvent causer d'illusions. — Colmar, 19 novembre 1839; *J. du P.*, 1840, t. I, p, 180.

(2) Par exemple, si, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, des immeubles sont donnés à la femme, avec déclaration que le mari en aura seulement l'administration, mais que la jouissance en sera réservée à la femme.

471. — On a prétendu qu'on pouvait opposer à la femme qui demande la séparation de biens, des fins de non-recevoir tirées soit de ce que la femme a abandonné le domicile conjugal (1), soit de ce qu'elle a spolié la communauté (2), soit de ce que, dans une instance en séparation de corps, elle s'est réconciliée avec son mari (3). Mais la jurisprudence a justement refusé de sanctionner ces prétentions.

472. — Il est pareillement reconnu qu'on ne peut opposer à la femme qui forme une demande en séparation de biens fondée sur des faits nouveaux, une fin de non-recevoir tirée de ce qu'elle a échoué dans une demande précédemment formée.

473. — La séparation de biens étant introduite uniquement dans l'intérêt de la femme et de sa famille, les créanciers de la femme ne peuvent la demander du chef de leur débitrice (art. 1447, C. civ.); les héritiers de la femme peuvent, afin de faire remonter la séparation au jour de la demande, continuer l'instance en séparation de biens pendante au décès de leur auteur.

474. — Le mari ne peut jamais demander la séparation de biens, car il ne lui est pas permis de provoquer sa propre déchéance.

---

(1) Angers, 22 février 1828; *J. du P.*, 1828, p. 1202. — Poitiers, 15 août 1836; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 78. — Paris, 27 mai 1837; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 149. Voir *suprà*, n° 16.

(2) Paris, 6 mars 1810; *J. du P.*, 1810, p. 156. — Paris, 15 novembre 1815; *J. du P.*, 1815, p. 177. — Rennes, 17 juillet 1816; *J. du P.*, 1816, p. 550.

(3) Paris, 27 mai 1837; arrêt cité à la note n° 1.

Effets du jugement de séparation de biens.

475. — La femme séparée de biens judiciairement reprend la libre administration de ses biens. Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner; mais elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari, ou sans être autorisée en justice, à son refus (art. 1449, C. civ.).

Sous ce rapport, la position de la femme séparée judiciairement est parfaitement semblable à celle de la femme mariée sous le régime de la séparation contractuelle. C'est pourquoi, pour ce qui concerne la capacité et le droit d'administrer qui appartient à la femme séparée de biens judiciairement, nous renvoyons à ce que nous avons dit sur le même sujet lorsque nous avons traité des droits de la femme séparée de biens contractuellement (1).

476. — La séparation de biens ne fait pas cesser l'inaliénabilité de la dot. L'inaliénabilité, en effet, ayant pour but de soustraire les immeubles dotaux à l'influence maritale, doit durer autant que le mariage. L'art. 1554 du Code civil est formel sur ce point, et c'est à dessein que le législateur a, dans l'art. 1561, §. 2, du Code civil, laissé intact le principe de l'inaliénabilité, alors qu'il modifiait le principe de l'imprescriptibilité.

Toullier cependant prétend que la séparation de biens rend l'immeuble dotal aliénable, parce qu'elle le rend prescriptible (2). L'erreur est manifeste, car

(1) Voir *suprà*, n° 444 et suivants.

(2) Toullier, t. XIV, n° 253. — Nîmes, 23 avril 1802. — D. A., 10, 346.

l'inaliénabilité n'est point un effet de l'imprescriptibilité, et l'on comprend à merveille que celui-là à qui il est défendu d'aliéner, de crainte qu'il ne le fasse sous l'influence d'autrui, soit cependant exposé à voir s'accomplir contre lui la prescription qui n'est point réputée un mode d'aliénation volontaire, et qui, d'ailleurs, à raison du long laps de temps qu'elle exige, ne présente point les mêmes dangers que les modes d'aliénation immédiate.

Ce qui, d'ailleurs, doit déterminer toutes les convictions, c'est que l'inaliénabilité ne peut jamais être plus nécessaire que lorsque les affaires du mari sont dans un désordre tel que la séparation de biens a dû être prononcée. C'est alors surtout que la femme est livrée aux sollicitations, aux exigences des créanciers et de son mari lui-même; c'est alors surtout qu'elle a besoin de trouver protection dans la rigueur inflexible de la loi. Si l'inaliénabilité cessait avec la séparation de biens, la séparation serait, contrairement au vœu de la loi, un moyen, non de sauver le patrimoine de la femme, mais d'arriver à le livrer aux créanciers. La femme demanderait la séparation de biens afin de pouvoir faire le sacrifice de ses immeubles dotaux.

La jurisprudence est, du reste, parfaitement fixée dans le sens de la doctrine que nous soutenons (1).

477. — L'immeuble ne serait pas aliénable lors

(1) Aix, 18 février 1813. — D. A., 10, p. 347. — Cass., 10 août 1819. — D. A., 10, p. 347. — Riom, 26 avril 1827. — D., p. 29, 2, 78. — Nîmes, 31 novembre 1833. — D., p. 32, 2, 104. — Cass , 26 février 1834. — D., p. 34, 1, 122.

même que le jugement de séparation de biens l'aurait déclaré tel. Un jugement, en effet, ne peut statuer que sur des faits accomplis, et non réglementer l'avenir (1).

478. — Les revenus de l'immeuble dotal restent, après la séparation, ce qu'ils étaient auparavant, aliénables pour le tout, insaisissables pour la portion qui est nécessaire pour qu'il soit subvenu aux charges du ménage. Seulement, comme la séparation de biens donne à la femme l'administration et la jouissance qui jusque-là étaient attribuées au mari, c'est à la femme qu'appartient le droit d'aliéner les revenus de l'immeuble dotal ; c'est aux créanciers de la femme et non à ceux du mari qu'il appartient d'en saisir la part qui n'est pas frappée d'insaisissabilité (2).

479. — Toutes les obligations régulièrement contractées (3) par la femme après la séparation de biens, peuvent être exécutées sur les revenus des immeubles dotaux (4); mais les obligations contractées avant la

---

(1) Analogue, Montpellier, 17 novembre 1830. — D , p. 32, 2, 3.

(2) Cass., 9 avril 1823. — D. A., 10, 353. — Cass , 28 mars 1827. — D., p. 27, 1, 186. — Paris, 14 février 1832. — D., p. 32, 2, 85. — Cass., 26 février 1834. — D., p. 34, 1, 22.

(3) La Cour de Pau a évidemment méconnu la nature des droits que la séparation donne à la femme, et exagéré au delà de toute mesure les effets de la destination de la dot, lorsqu'elle a décidé que les obligations contractées par la femme séparée de biens ne pouvaient être exécutées sur les revenus dotaux qu'autant que ces obligations avaient pour objet de satisfaire aux besoins de la famille. — Pau, 1er août 1824. — D. A., 10, p. 354.

(4) Toulouse, 19 novembre 1829. — D., p. 30, 2, 148.

séparation de biens (1), même pour les frais du ménage (2), ne peuvent être exécutées sur ces revenus après la séparation de biens, puisqu'elles ne pourraient l'être même après la dissolution du mariage.

479 *bis*. — La séparation de biens fait cesser l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal (art. 1561, C. civ.). Mais déroge-t-elle également à la règle qui veut que la prescription soit suspendue toutes les fois que l'action de la femme réfléchit contre le mari?

Cette question est définitivement tranchée par la jurisprudence (3) dans le sens affirmatif. Cependant elle a donné lieu à des controverses assez fréquentes (le nombre des décisions judiciaires rendues à son occasion en fait foi), et à des polémiques qui n'ont pas manqué de vivacité (4).

Il est impossible de ne pas reconnaître qu'il existe une antinomie au moins apparente entre les art. 2256, §. 2, et 1561 du Code civil. Cette antinomie acquiert de la gravité à raison des considérations que l'on invoque pour faire accepter chacun de ces articles dans toute sa généralité, au préjudice de l'article opposé. D'une part, en effet, on développe cette idée, qu'il ne faut pas faire tourner contre la femme le retard

(1) Agen, 15 janvier 1824. — D. A., 10, 354; *J. du P.*, 1824, p. 347, et arrêt indiqué. — Cass., 11 janvier 1831. — D., p. 31, 1, 51.

(2) Bordeaux, 2 mars 1833 — D., p. 33, 2, 192.

(3) Cass., 24 juin 1817. — D. A., 11, 277. — Nîmes, 7 mai 1829. — D., p. 29, 2, 208. — Grenoble, 28 août 1829. — D., p. 30, 2, 150. — Cass., 18 mai 1830. — D., p. 30, 1, 242.

(4) Vazeille, t. II, n° 292. — Troplong, *Prescription*, t. II, n° 778.

que, par amour de la paix domestique, elle apporte à l'exercice de ses droits; d'autre part, on insiste sur ce que la séparation de biens affranchit, dans une certaine mesure du moins, la femme de la puissance du mari. On fait valoir, en outre, que la femme, en demandant la séparation de biens, a fait un acte d'indépendance tel qu'il est permis de croire que désormais elle saura résister à l'influence maritale, et qu'il y a de graves inconvénients dans les suspensions de prescriptions trop prolongées.

Quelle que soit la puissance de ces dernières considérations, l'art. 1560 assure le succès de l'opinion qui veut que l'application du principe de l'art. 2256 soit restreinte conformément au principe de l'art. 1561. L'art. 1560, en effet, établit textuellement que la prescription ne court pas pendant la durée du mariage contre l'action révocatoire de l'aliénation de l'immeuble dotal faite par la femme, ou par le mari, ou par tous les deux conjointement.

Or la séparation de biens se dissout par le mariage; par conséquent, la prescription de l'action révocatoire de l'aliénation faite dans les hypothèses prévues par l'art. 1560 ne court pas après la séparation de biens.

Si l'on recherche le motif pour lequel la prescription ne court pas contre l'action révocatoire de l'aliénation de l'immeuble dotal, faite par le mari seul ou par le mari conjointement avec sa femme, il est impossible de ne pas apercevoir que la prescription n'est suspendue dans ces cas que parce qu'elle réfléchirait contre le mari.

Ce motif doit évidemment être généralisé; par con-

séquent, le principe de l'art. 2256, §. 2, survit à la séparation de biens.

480. — Les observations que nous venons de présenter pour mettre en harmonie les art. 1561 et 2256, §. 2, concilient les art. 1560 et 1561.

L'art. 1561 pose le principe de la prescriptibilité après la séparation de biens.

L'art. 1560 fait exception à ce principe toutes les fois qu'il s'agit de l'action révocatoire d'une aliénation de l'immeuble dotal faite par la femme ou le mari, ou par tous les deux conjointement.

L'art 1561 s'applique donc seulement au cas où la prescription court au profit d'un usurpateur qui n'a acheté de personne et qui ne peut invoquer que la prescription trentenaire, et au cas où la prescription court au profit d'un possesseur de bonne foi qui a acheté d'une personne autre que le mari ou la femme.

481. — La femme séparée des biens judiciairement doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'aux frais d'éducation des enfants communs (art. 1448, C. civ.). Cette règle est évidemment préférable à celle qui fixe la part pour laquelle la femme séparée de biens contractuellement doit contribuer aux charges du mariage (art. 1573, C. civ.).

482. — La séparation de biens n'atteindrait que fort imparfaitement son but, si ses effets ne remontaient, à l'égard des tiers, au jour de la demande. En effet, sans cette rétroactivité, les biens sur lesquels la femme doit exercer ses droits pourraient, dans l'intervalle de la demande au jugement, devenir la proie des créanciers du mari ou bien être soustraits à l'action de la

femme au moyen d'aliénations consenties par le mari lui-même.

Une telle rétroactivité, bien que ses inconvénients soient atténués par la publication de la demande, produit cependant de fâcheux effets. Elle porte préjudice aux tiers de bonne foi qui ont traité avec le mari depuis la demande; elle donne à la femme la faculté de suspendre temporairement les pouvoirs du mari, au moyen d'une demande témérairement formée. De là, de sérieuses raisons de douter de la rétroactivité des effets de la séparation de biens, si la loi n'avait pris soin de les prévenir en faisant expressément application à la séparation de biens du principe de droit commun qui veut que les effets du jugement remontent au jour de la demande (art. 1445, C. civ.).

Malgré les termes généraux de l'article que nous venons de citer, on a enseigné (1) et, ce qui plus est, on a jugé à diverses reprises (2) que les effets de la séparation de biens ne remontent pas au jour de la demande, en ce qui concerne les tiers.

Sans doute on ne peut qu'approuver les tendances de la jurisprudence à atténuer les déplorables effets des causes de résolution qui abondent dans nos lois, mais sous la condition seulement que ces tendances ne conduiront point jusqu'à la violation des textes de loi les plus positifs. Mieux vaut l'application rigoureuse d'une loi mauvaise, que les variations sans nombre d'une jurisprudence qui n'a plus de règle certaine (3).

(1) PIGEAU, t. II, p. 541.

(2) Riom, 31 janvier 1826; *J. du P.*, 1829, p. 126. — Rouen, 9 août 1839; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 513.

(3) Le 31 janvier 1826, la Cour de Riom décide que les effets

483. — La rétroactivité des effets de la séparation de biens a lieu même dans le cas où la séparation de biens est la conséquence de la séparation de corps et où le mari est demandeur en séparation, car l'art. 1445 ne se prête à aucune distinction (1).

484. — Nous devons faire remarquer que si les effets de la séparation remontent au jour de la demande quant aux droits de la femme, ils remontent également à ce jour quant à ses obligations. Ainsi, si la femme a droit d'exiger les intérêts de sa dot et de ses reprises à partir du jour de la demande, elle doit, à partir du même jour, contribuer aux charges du mariage, suivant les proportions déterminées par la loi.

485. — Les effets de la séparation de biens ont cela de remarquable, que la femme non-seulement *peut*, mais encore qu'elle *doit* s'en prévaloir contre son mari (art. 1444, C. civ.).

La femme devant exiger le paiement de ses droits dans le délai de quinzaine, le mari est en cas de séparation de biens déchu du délai d'un an qui lui est accordé par l'art. 1565 du Code civil, pour la restitution de la dot. Les époux sont en outre privés de la faculté qui, en vertu de l'art. 815, §. 2, du Code civil, appartient à tous copropriétaires par indivis de convenir

---

de la séparation de biens ne remontent pas à l'égard des tiers au jour de la demande. Le 20 février suivant, la même Cour décide en sens contraire. — Riom, 20 février 1826; *J. du P.*, 1826, p. 193.

(1) Limoges, 17 juin 1835 — Sirey, 36, 2, 61.

qu'ils demeureront pendant cinq ans dans l'indivision.

486. — Pour ce qui a trait à la présomption de renonciation qui existe au profit de la femme au cas de séparation de biens, nous renvoyons aux observations que nous avons présentées au chapitre de la communauté.

Formalités et nullité de la séparation de biens.

487. — La séparation de biens est essentiellement préjudiciable aux droits des créanciers du mari. En effet elle diminue leur gage en enlevant à leur débiteur la jouissance des biens de la femme, et surtout en permettant à la femme ou plutôt en la forçant d'exercer immédiatement ses créances contre son mari, créances qui le plus souvent sont préférables à celles des autres créanciers. De là la prohibition de toute séparation volontaire (art. 1443, C. civ.)(1). De là les formalités destinées à mettre les créanciers à même d'empêcher qu'une séparation dont les causes ne sont pas légitimes ne soit prononcée, ou produise ses effets si la justice des tribunaux a été surprise (art. 866 et suiv., C. proc.).

488. — Toute séparation volontaire est nulle. D'où il suit que l'aveu du mari ne doit pas faire preuve, lorsque aucune circonstance n'établit sa sincérité (art.

(1) Nous n'entendons pas dire que ce soit là la cause unique pour laquelle les séparations de biens volontaires sont prohibées; mais toujours est-il que cette cause suffit seule pour justifier la prohibition.

870, C. proc.). Mais il ne faut pas conclure du même principe que le mari ne puisse faire défaut, se désister de l'opposition qu'il a faite au jugement de séparation prononcé par défaut (1), ou s'en rapporter à justice sur la demande en séparation de biens, car il n'appartient pas au mari de priver, par son refus de comparaître, sa femme de la faculté d'obtenir la séparation; et il ne serait pas digne de la justice d'exiger que, lorsque la femme est bien fondée dans sa demande, il s'engageât entre elle et son mari une lutte judiciaire qui n'aurait rien de sérieux.

489. — La liquidation des reprises de la femme est une opération distincte de la séparation de biens. Par conséquent, rien ne fait obstacle à ce qu'après la séparation il intervienne entre les époux un règlement amiable sur leurs intérêts pécuniaires(2).

490. — La demande en séparation de biens ne peut être formée sans autorisation du président du tribunal; autorisation que le président doit toujours accorder, mais qu'il peut faire précéder de telles observations qu'il juge convenables (art. 865, C. proc.). Cette formalité est donc en quelque sorte l'équivalent du préliminaire de conciliation.

491. — On a prétendu, non sans apparence de raison(3), que la femme doit présenter sa requête en personne; car il est évident que les observations présentées par le président à l'avoué ou à tout autre man-

(1) Lyon, 27 mai 1829. — D., p. 31; 1, 102. — *Contrà*, Grenoble, 16 juillet 1824. — D. A., 10, 229.

(2) Cass., 29 août 1827. — D., p. 27, 1, 483.

(3) Dalloz, v° *Séparation de biens*, n° 56.



dataire de la femme demeureront presque toujours sans effet. Cependant les parties pouvant se faire représenter en conciliation par un mandataire qui n'aurait pas même le pouvoir de se concilier, on ne peut être plus exigeant lorsqu'il s'agit d'une formalité qui, comme nous venons de le dire, n'est que l'équivalent du préliminaire de conciliation. D'ailleurs, lorsque la loi veut la comparution des parties en personne, elle s'en explique formellement (art. 877, C. proc.).

492. — L'autorisation du président dispense la femme de toute autre autorisation afin d'ester dans l'instance de séparation de biens, et l'habilite à poursuivre son action devant tous les degrés de juridiction, même devant la Cour de cassation.

Le mari ne pouvant consentir à ce que la séparation soit prononcée, il était logique de déroger à la règle d'après laquelle le mari doit être appelé en justice pour déduire les causes de son refus.

493. — Dès que l'autorisation du président est obtenue, la femme peut former sa demande. Cette demande est rendue publique dans les formes prescrites par les art. 866, 867, 868 du Code de procédure, et il ne peut être statué sur elle qu'un mois après l'accomplissement des formalités déterminées par les articles que nous venons de citer (art. 869, C. proc.).

494. — Toutefois durant ce délai d'un mois la femme peut former tous actes conservatoires.

Par actes conservatoires on doit entendre ceux qui tendent à mettre la femme à même d'exercer utilement ses droits après le jugement de séparation de biens : telles sont les appositions de scellés, les saisies-

arrêts (1), les saisies-gageries (2). La femme peut même faire ordonner que les sommes appartenant à la communauté seront déposées à la caisse des consignations (3), et que pendant l'instance les revenus des biens dotaux seront perçus par un tiers chargé d'en rendre compte (4).

495. — Tous les intéressés (5) appelés, par la publicité donnée à la demande, à déjouer devant la justice la collusion qui pourrait exister entre les époux, ont le droit d'intervenir en tout état de cause, sans qu'on puisse leur opposer que l'affaire est en état (6). Ils ont même le droit, sans intervenir, d'obtenir communication des pièces justificatives de la demande (art. 871, C. proc.).

496. — Le jugement qui prononce la séparation de biens est soumis, avant son exécution, aux mêmes formes de publicité qui sont prescrites pour la demande en séparation de biens.

---

(1) Toullier, t. XIII, n° 58. — Duranton, t. XIV, n°s 414 et 415. — Caen, 16 mars 1825; *J. du P.*, 1825, p. 306.

(2) Toullier, t. XIII, n°s 64 et 65. — Limoges, 7 mars 1823. — D., p. 23, 2, 139.

(3) Metz, 23 juin 1819; *J. du P.*, 1819, p. 352. — D., p. 22, 2, 44. — Angers, 27 août 1817; *J. du P.*, 1817, p. 453.

(4) *Contrà*, Amiens, 4 prairial an XII; *J. du P.*, an XII, p. 10.

(5) La faculté d'intervenir appartient même à ceux qui n'ont que des droits éventuels.

L'acquéreur du fonds dotal peut intervenir, dans le seul intérêt de retarder le moment où il sera exposé à l'action révocatoire de la femme. — Cass., 27 juin 1810. — D. A., 10, 235. — Aix, 7 décembre 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 305.

(6) Cass., 18 novembre 1835. — D., p. 35, 1, 445.

Cependant le jugement, à la différence de la demande, ne doit pas être publié dans un journal (art. 872 et 868, C. proc.).

497. — Parmi ces formalités, la lecture du jugement de séparation de biens au tribunal de commerce, et l'affiche de ce jugement dans la salle d'audience du même tribunal, ont été l'objet de quelques difficultés que nous ne pouvons passer sous silence.

Cette double formalité est imposée aux commerçants par l'art 1445 du Code civil qui porte la peine de nullité; elle est exigée des non-commerçants par l'art. 872 du Code de procédure dont les dispositions ne sont pas, textuellement du moins, revêtues de la même sanction de nullité. De là la question de savoir si ces formalités doivent, à peine de nullité, être accomplies par les non-commerçants. Il a été justement décidé dans le sens affirmatif (1).

498. — La lecture du jugement de séparation de biens à l'audience du tribunal de commerce n'est-elle exigée qu'autant qu'il y a un tribunal de commerce dans le lieu même du domicile du mari, ou bien cette formalité doit-elle être accomplie toutes les fois qu'il y a un tribunal de commerce dans l'arrondissement où le mari est domicilié? La Cour de Montpellier s'est prononcée pour la première de ces alternatives (2); nous croyons que cette décision est fondée sur une

(1) Caen, 15 juillet 1828. — D , p. 30, 2, 166; *J. du P.*, 1828, p. 72.

(2) Montpellier, 11 juillet 1826. — D., p. 27, 2, 132; *J. du P.*, 1826, p. 679.

interprétation trop étroite du mot *lieu* qui se trouve dans l'art. 872 du Code de procédure. Les relations des hommes sont assez étendues, aujourd'hui surtout, pour qu'il ne soit pas inutile de faire des publications au lieu où siége le tribunal de commerce de l'arrondissement quoique le mari n'y soit pas domicilié. D'ailleurs, si l'on poussait jusqu'à ses dernières limites l'interprétation donnée par la Cour de Montpellier, il faudrait admettre que celui qui habite à la campagne, mais à une distance fort rapprochée du siége du tribunal de commerce, est dispensé de faire les publications dont il s'agit, de sorte que l'application de cette disposition de l'art. 872 du Code de procédure serait singulièrement restreinte.

499. — La jurisprudence s'est divisée sur le point de savoir si, lorsque le tribunal civil remplit les fonctions du tribunal de commerce, il est nécessaire que les publications aient lieu dans la principale salle de la maison commune (1).

La difficulté ne nous paraît pas pouvoir être sérieuse en présence des termes de l'art. 872 du Code de procédure, qui indiquent assez que la loi n'a pas voulu que le nombre des formalités de publicité fût diminué par cette circonstance que le tribunal civil remplit les fonctions du tribunal de commerce.

500. — Pour prévenir les séparations de biens non sérieuses et faites uniquement en fraude des droits des

(1) Dans le sens de la dispense de publications, Toulouse, 23 août 1827. — D., p. 28, 2, 172. — *Contrà*, Amiens, 21 décembre 1825. — D., p. 26, 2, 167. — Limoges, 2 août 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 47.

créanciers du mari, la loi veut qu'à peine de nullité du jugement et de la procédure qui l'a précédé (1), l'exécution du jugement de séparation de biens, même rendu par défaut (2), commence dans la quinzaine du jour de sa prononciation (3).

La rigueur de la loi est telle, que le défaut de commencement d'exécution dans le délai déterminé est une cause de nullité, lors même que le retard dans le commencement d'exécution n'est imputable ni à la femme ni à ses mandataires. Ainsi, la femme n'obtiendrait pas d'être relevée de la déchéance prononcée par l'art. 1444 du Code civil, en établissant que le greffier ne lui a pas délivré la grosse en temps utile (4).

501. — Le délai de quinzaine est d'une grande brièveté, à raison des formalités dont l'accomplissement doit précéder le commencement d'exécution pour que ce commencement d'exécution soit valable (5). Aussi, quelques décisions judiciaires rendues peu après la publication du Code de procédure ont-elles admis que l'art. 872 de ce même Code avait prorogé les délais dé-

---

(1) Cass., 11 juin 1823. — D., p. 23, 1, 252.

(2) Amiens, 19 février 1824; *J. du P.*, 1824, p. 468.

(3) Cass., 11 décembre 1810; *J. du P.*, 1810, p. 693. — Cass., 3 février 1834. — D., p. 34, 1, 166.

(4) Cass., 11 décembre 1810; *J. du P.*, 1810, p. 692. — D. A., 10, p. 238. Espèce analogue.

(5) Les actes d'exécution faits dans la quinzaine, mais avant l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 872 du Code de procédure, sont réputés non avenus; par conséquent elles ne mettent pas le jugement de séparation à l'abri de la nullité. — Rouen, 1er décembre 1825. — D., p. 26, 2, 77; *J. du P.*, 1825, p. 997.

terminés par le Code civil (1); mais la jurisprudence s'est depuis, et avec juste raison, fixée en sens contraire (2).

502. — Le défaut de commencement d'exécution étant une cause de nullité, il importe de bien se fixer sur le point de savoir quels sont les actes qui constituent un commencement d'exécution.

La signification du jugement de séparation de biens, un commandement fait en vertu de ce jugement, sont-ils des actes d'exécution? Il est évident que ces actes ne sont que des actes préparatoires de l'exécution, et non des actes d'exécution. Cependant, par des motifs que l'on comprend parfaitement et qu'il faudrait approuver s'ils pouvaient être appréciés abstraction faite des dispositions de la loi, des décisions judiciaires assez nombreuses pour faire jurisprudence ont reconnu que la signification du jugement de séparation de biens suivie de commandement était un commencement d'exécution suffisant (3). Mais comme

(1) Limoges, 24 novembre 1811; *J. du P.*, 1811, p. 797. — Grenoble, 10 mai 1820; *J. du P.*, 1820, p. 983.

(2) Cass., 11 juin 1818. — Cass., 13 août 1818; *J. du P.*, 1818, p. 856 et 983. — Rouen, 15 avril 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 542.

(3) Riom, 22 avril 1822; *J. du P.*, 1822, p. 284. — Amiens, 17 avril 1826; *J. du P.*, 1826, p. 299. — Rennes, 23 mai 1827; *J. du P.*, 1827, p. 463. — Cass., 9 juillet 1828; *J. du P.*, 1828. p. 46. — On cite aussi, comme ayant consacré la même doctrine, un arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 1825 (*Journal du Palais*, 1825, p. 370); mais c'est à tort, car cet arrêt se fonde sur ce qu'il a été reconnu en fait que la femme avait repris dans la quinzaine la possession et l'administration de ses biens

la jurisprudence qui n'est pas basée sur la loi est toujours sujette à variations, il est prudent de ne pas se reposer avec trop de sécurité sur l'autorité des décisions que nous venons de signaler.

503. — Sont actes d'exécution, 1°. le paiement volontaire des créances de la femme, la remise à la femme des biens sur lesquels la séparation lui restitue le droit de jouissance et d'administration (1); 2°. les saisies pratiquées par la femme afin d'avoir paiement de ses reprises, ou même seulement des frais du procès si les reprises ne sont encore liquidées; 3°. la liquidation des reprises de la femme, alors même que la femme aurait accordé à son mari des délais modérés pour se libérer (2), ou même la citation donnée au mari à la requête de la femme pour se concilier sur la demande à fin de liquidation de ses droits matrimoniaux, pourvu que, dans le mois, cette citation soit suivie d'une assignation (3).

504. — Ce serait donner à la loi une rigueur qui la rendrait impraticable que d'exiger que les actes d'exécution commencés dans la quinzaine s'appliquassent à tous les droits que le jugement de séparation a ouverts au profit de la femme. Ainsi, la femme ne doit pas nécessairement diriger dans ce délai si bref des actions et contre son mari et contre les tiers détenteurs des biens

---

(1) Voir l'arrêt de cassation du 30 mars 1825, cité à la note précédente; mais les actes d'exécution volontaire doivent être authentiquement constatés (art. 1444, C. civ.).

(2) Bordeaux, 29 août 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 643. — Toullier, t. XIII, nos 77 et 78.

(3) Nîmes, 21 mai 1819; *J. du P.*, 1819, p. 285.

dotaux (1). D'autre part, il est évident qu'on ne devrait pas considérer la femme comme ayant suffisamment commencé à exécuter le jugement, si elle s'était contentée de la remise de quelques effets d'une valeur insignifiante ou d'une valeur qui ne serait pas en rapport avec l'importance des reprises qu'elle a droit d'exercer (2).

De cette double observation nous concluons que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si les actes d'exécution faits dans la quinzaine constituent un commencement d'exécution sérieuse, ou si, au contraire, ils ne sont point uniquement destinés à déguiser la collusion qui existe entre les deux époux.

505. — Le commencement d'exécution ne présenterait nulles garanties si l'exécution pouvait être interrompue après un premier acte. C'est pourquoi la loi prescrit que l'exécution doit se suivre sans interruption. Il est évident que la question de savoir s'il y a ou non interruption ne peut se décider que d'après les circonstances, et qu'elle doit être souverainement tranchée par les juges du fait (3).

506. — La nécessité du commencement d'exécution dans la quinzaine ne s'applique point au cas où la sé-

(1) Orléans, 16 mars 1839; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 648. — Aix, 7 décembre 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 304.

(2) Bordeaux, 11 août 1840; *J. du P.*, 1840, t, II, p. 745.

(3) Cass., 2 mai 1831. — D., p. 31, 1, 182. — Jugé qu'il n'y a pas interruption de nature à emporter nullité lorsque la femme a discontinué ses poursuites, parce qu'il ne lui était pas possible de faire aucun acte utile d'exécution. — Bordeaux, 16 août 1838; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 164.

paration de biens est la conséquence de la séparation de corps. Le défaut de commencement d'exécution, en effet, ne peut être une cause de nullité de la séparation de corps. Or, la séparation de corps emporte nécessairement la séparation de biens (1).

507. — Les diverses formalités que nous venons d'énumérer sont toutes prescrites à peine de nullité; mais les conditions de la prononciation de cette nullité varient suivant qu'elle résulte de l'inaccomplissement de telles ou telles de ces formalités.

La séparation faite extrajudiciairement a le sort de toutes les conventions illicites : elle est un acte nul qu'on ne peut opposer à qui que ce soit, et qu'aucun laps de temps ne saurait valider. La séparation prononcée par un jugement irrégulièrement rendu produit, au contraire, ses effets, tant que ce jugement n'est pas attaqué. Sa nullité ne peut, en outre, être poursuivie que par ceux dans l'intérêt desquels les formalités inaccomplies étaient exigées. La raison dit que ni le mari ni la femme ou leurs héritiers ne peuvent demander la nullité pour défaut de publications soit de la demande, soit du jugement, ni pour défaut de commencement d'exécution dans la quinzaine (2).

---

(1) Bordeaux, 4 févr. 1811. — D. A., 10, p. 238; *J. du P.*, 1811, p. 77.

(2) Il n'a jamais été décidé, que nous sachions du moins, que le mari ou la femme puissent se prévaloir du défaut de publications; mais il a été jugé, et ces décisions sont conformes à la doctrine de Toullier (t. XIII, n° 76), que le mari peut invoquer la nullité pour défaut d'exécution. — Amiens, 19 février 1824; *J. du P.*, 1824, p. 469. — Bordeaux, 17 juillet 1833. — D., p. 34, 2, 97. — Toutefois, la Cour de cassation a récemment ré-

508. Dans ces divers cas, la nullité ne peut donc être opposée que par les créanciers du mari (1), non pas indistinctement, mais par ceux seulement auxquels l'inaccomplissement des formalités a pu nuire. Ainsi, les créanciers postérieurs à l'exécution du jugement ne peuvent arguer la séparation de nullité parce qu'elle n'a pas été exécutée dans la quinzaine (2), mais ils ont certainement le droit de se prévaloir du défaut de publications du jugement; car ces publications sont exigées autant pour faire connaître la position nouvelle du mari à ceux qui contracteront avec lui, que pour provoquer les créanciers antérieurs à critiquer le jugement de séparation, s'il y a lieu.

509. — La séparation clandestine, ou inexécutée dans les délais de la loi, est présumée frauduleuse (3). Tout créancier peut donc en faire prononcer la nullité, pourvu qu'il justifie que la séparation lui porte préjudice (4); mais lorsque les formalités prescrites par la loi sont accomplies, les créanciers n'ont contre le jugement de séparation de biens que l'action dont le principe est posé dans l'art. 1167, et dont il est fait

---

prouvé cette jurisprudence. — Cass., 11 avril 1837; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 25. — Dans le même sens, Colmar, 8 août 1820; *J. du P.*, 1820, p. 103.

(1) Il faut assimiler aux créanciers du mari les tiers acquéreurs et toutes autres personnes qui auraient eu qualité pour intervenir dans l'instance. — Aix, 7 décembre 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 304.

(2) Colmar, 26 décembre 1826. — D., p. 29, 2, 87; *J. du P.*, 1826, p. 1065.

(3) Cass., 18 novembre 1835. — D., p. 35, 1, 445.

(4) Limoges, 2 août 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 47.

application à la séparation de biens par l'art. 1447 du Code civil. Dans ce cas, par conséquent, ils doivent, pour faire tomber la séparation, démontrer qu'elle est l'œuvre de la fraude et de la collusion.

510. — L'accomplissement des formes de publicité a en outre pour effet de réduire à un an le délai pendant lequel le jugement de séparation peut être attaqué par la voie de la tierce opposition (art. 873, C. proc.).

La Cour d'Agen a décidé que cette restriction des délais pour attaquer le jugement de séparation n'était opposable qu'aux créanciers, et non aux tiers acquéreurs; cette distinction entre les créanciers et les tiers acquéreurs n'est pas fondée; car la publicité donnée au jugement a eu pour effet de mettre également les uns et les autres en demeure de diriger leurs attaques contre la séparation prononcée.

511. — Nous ne pouvons non plus approuver la doctrine d'un arrêt de la Cour de cassation, qui décide que lorsque les publications ont eu lieu conformément au Code de procédure, mais que l'exécution n'a pas été commencée dans la quinzaine, ainsi que le Code civil le prescrit, les créanciers ne peuvent attaquer la séparation au delà du délai d'un an, pour défaut d'exécution (1).

En effet, pour que les délais de la tierce opposition soient réduits à un an, l'art. 873 du Code de procédure n'exige qu'une seule condition, à savoir, que les formalités prescrites par le Code de procédure soient

(1) Cass., 13 août 1818. — D. A., 10, 242; *J. du P.*, 1818, p. 984.

accomplies. Or, le commencement d'exécution dans la quinzaine n'est ordonné que par le Code civil (article 1444).

Cette disposition de l'art. 873 est, du reste, parfaitement rationnelle; car il suffit que les tiers intéressés aient été avertis de l'existence du jugement de séparation de biens, pour avoir été constitués en demeure de s'assurer si l'exécution a été commencée dans la quinzaine, et d'attaquer le jugement, s'il y a lieu.

Néanmoins, la fin de non-recevoir posée par l'article 873 ne peut s'appliquer qu'aux causes de nullité qui sont antérieures à l'expiration de l'année qui suit la prononciation du jugement. Si la femme venait à interrompre ses poursuites après l'expiration de cette année, les intéressés se trouveraient placés sous l'empire du droit commun, quant à la faculté de faire valoir cette cause de nullité.

512. — L'art. 873 du Code de procédure étant exorbitant du droit commun, on doit le restreindre au cas qu'il prévoit. C'est pourquoi il faut décider que cet article est sans application au jugement qui liquide les reprises de la femme (1). La doctrine contraire a cependant été consacrée par quelques arrêts, mais pour le cas seulement où la liquidation et la séparation sont prononcées par le même jugement (2). En

(1) Rouen, 12 mars 1817; *J. du P.*, 1817, p. 125. — Grenoble, 12 mars 1827; *J du P.*, 1827, p. 281. — Grenoble, 3 juillet 1828; *J. du P.*, 1828, p. 18. — Grenoble, 6 juin 1829; *J. du P.*, 1829, p. 1111. — Bordeaux, 20 juin 1826; *J. du P.*, 1826, p. 596. — Cass., 26 janvier 1836. — D., p. 36, 1, 98 — Aix, 7 décembre 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 304.

(2) Cass , 4 novembre 1815; *J. du P.*, 1815, p. 141. — Di-

posant cette restriction, on a évidemment reconnu que la séparation de biens et la liquidation des reprises qui en est la conséquence sont des actes essentiellement différents (1). La question est donc uniquement de savoir si ces deux actes sont soumis aux mêmes règles, par cela seul qu'ils sont compris dans un même jugement. Or, il est de principe que les divers chefs d'un même jugement ont, lorsque leur nature le veut ainsi, une existence propre à chacun d'eux, et indépendante de l'existence des autres chefs; qu'un chef de décision peut être infirmé sans qu'un autre chef

jon, 6 août 1817; *J. du P.*, 1817, p. 408. — Riom, 26 novembre 1817; *J. du P.*, 1817, p. 545. — *Sic*, Toullier, t. XIII, n°s 86 et 87.

(1) La Cour de Rouen a, dans l'arrêt du 12 mars 1817, établi d'une manière si nette la différence qui existe entre l'acte de liquidation des réserves et la séparation de biens, que nous croyons devoir rapporter un des *Attendu* de cet arrêt.

« Attendu que, quoique l'acte de liquidation des droits soit la « conséquence immédiate du jugement de séparation, ces deux « actes diffèrent notablement dans leur forme, dans leur sub- « stance, dans leurs effets; que le jugement de séparation est « précédé et suivi de formalités qui en assurent la publicité; « qu'il concerne l'état des personnes, qui ne peut rester indéfini- « ment incertain; qu'il a pour but de rendre à la femme une « administration qui, par le droit commun, appartient au mari; « que rien de tout cela ne se rencontre dans la liquidation des « droits qui suit la séparation civile; que l'acte de liquidation est « autant du domaine de la juridiction volontaire que de la juridic- « tion contentieuse; qu'il n'est soumis à aucune formalité spéciale; « qu'il n'est dans son objet que récognitif et déclaratif des biens « de la femme, et qu'ainsi il n'y a entre les deux espèces aucune « raison d'analogie qui puisse justifier l'application à l'acte de « liquidation du terme dans lequel a été circonscrit le pourvoi des « créanciers contre le jugement de séparation. »

distinct de celui-là périsse. D'où il suit, par le même motif, qu'il se peut que l'un des chefs soit à l'abri de toute attaque, et cependant que l'autre n'y soit pas. En un mot, la maxime *Tot capita, tot sententiæ,* est d'une justesse parfaite. Par conséquent, c'est donc à tort que, dans le cas où la liquidation est prononcée par le jugement qui déclare les époux séparés de biens, on a décidé autrement que lorsqu'il est statué sur la liquidation par jugement séparé.

513. — Cette différence, qui existe essentiellement et sans qu'aucune circonstance puisse la faire disparaître, entre les actes de liquidation et le jugement de séparation de biens, nous conduit à cette conclusion importante, à savoir, que les actes de liquidation peuvent être annulés comme frauduleux, sans que cependant le jugement de séparation de biens soit lui-même annulé (1).

514. — On a prétendu que les formalités de la séparation de biens sont d'ordre public. La Cour de Toulouse a consacré cette prétention, en admettant que la nullité résultant de l'inaccomplissement de ces formalités peut être proposée, pour la première fois, en appel (2).

La Cour de Douai, au contraire, a décidé que cette nullité est couverte à l'égard des tiers qui ont volontairement adhéré à l'exécution du jugement de séparation de biens (3). Nous n'hésitons pas à adopter la doctrine de la Cour de Douai. En effet,

(1) Bordeaux, 20 août 1838; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 643.
(2) Toulouse, 7 février 1831. — D., p 32, 2, 41.
(3) Douai, 19 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 387.

lorsqu'il s'agit de séparation de biens, la collusion des époux ne porte atteinte qu'à l'intérêt pécuniaire des créanciers; elle ne lèse que des droits individuels. Or, la lésion des droits individuels, quelque nombreux qu'ils soient, et des intérêts pécuniaires, quelque importants qu'ils puissent être, ne s'élève jamais à la hauteur d'une atteinte portée à l'ordre public.

515. — Nous avons vu que les époux peuvent, d'un commun accord, faire cesser la séparation de biens, et rétablir les conventions matrimoniales dans leur état primitif. Ce rétablissement est soumis à certaines formalités. La loi exige qu'il soit constaté par acte devant notaire, et affiché suivant les formes prescrites par l'art. 1445 du Code civil (art. 1451).

516. — Il s'est, à cette occasion, élevé la question de savoir si l'acte qui fait cesser la séparation de biens est soumis aux modes de publicité indiqués par l'article 872 du Code de procédure (1).

On ne peut ne pas reconnaître que, si la loi n'a pas soumis l'acte qui fait cesser la séparation de biens aux formalités de l'art. 872 du Code de procédure, elle eût dû l'y soumettre. En effet, si, lorsque la séparation de biens est prononcée, il est nécessaire d'avertir, par des publications, les tiers qui contracteront avec le mari, de la dérogation apportée aux conventions matrimoniales, il n'est pas moins nécessaire de faire connaître aux tiers qui contracteront avec la femme

(1) Résolue négativement par la Cour de cassation, 7 juin 1839 (*J. du P.*, 1839, t. I, p. 613), cassant un arrêt de Rouen du 6 novembre 1839. — Résolue affirmativement par Toullier, t. XIII, n° 118. — Duranton, t. XIV, n° 430.

la nouvelle position qui lui est faite par la cessation de la séparation de biens. Pourquoi donc ne pas appliquer l'art. 872 du Code de procédure au cas de cessation de la séparation de biens? Serait-ce parce que cet article n'est pas rédigé dans la prévision de ce cas? (1) Mais notre jurisprudence n'est pas si scrupuleusement attachée à l'interprétation littérale qu'elle ne puisse étendre une disposition d'un cas à un autre, lorsque cette extension est rationnelle. Serait-ce parce qu'en matière de forme spécialement, on ne peut raisonner par analogie? (2) Mais l'art. 1030 du Code de procédure, dont on tire cet argument, ne contient d'autre prohibition que celle d'appliquer la sanction de nullité lorsqu'elle n'est pas prononcée.

D'ailleurs, et ce motif nous paraît décisif, les articles 865 et suivants du Code de procédure étant le complément nécessaire du chapitre *de la Séparation de biens* au Code civil, ces deux lois doivent être mises en rapport non pas seulement quand le texte le veut expressément, mais encore toutes les fois que la raison de la loi l'exige.

---

(1) Motif consacré par l'arrêt de cassation indiqué à la note précédente.

(2) Cet argument a été présenté devant la Cour de cassation lors du pourvoi qui a donné lieu à l'arrêt déjà cité.

CHAPITRE VIII.

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME.

SOMMAIRE.

Principe et caractères de l'hypothèque légale de la femme. — De l'existence de cette hypothèque indépendamment d'inscription. — Pour quelles créances la femme a-t-elle hypothèque légale ? — Sur quels biens l'hypothèque légale de la femme s'étend-elle? — Date de l'hypothèque légale. — Quand la femme peut-elle exercer ses droits hypothécaires? — Des restrictions apportées au profit du mari à l'hypothèque légale de la femme. — De la renonciation à l'hypothèque légale faite au profit des tiers, et de la subrogation. — De la purge de l'hypothèque légale de la femme.

Principe et caractères de l'hypothèque légale de la femme.

517. —. LORSQU'ON examine dans leur ensemble les dispositions qui règlent les rapports pécuniaires des époux entre eux, il est impossible de ne pas apercevoir que le but principal de la loi est d'empêcher que le mari n'use des pouvoirs ou de l'influence qui lui appartiennent, de manière à s'enrichir aux dépens de sa femme.

C'est encore le même but que le législateur poursuit lorsqu'il organise, en ce qui concerne la femme, le système des hypothèques légales. Il veut que l'hypothèque légale de la femme résulte du seul fait du mariage (art. 2121, §. 2, C. civ.); qu'elle existe indépendamment d'inscription (art. 2135, §. 1er, C. civ.); qu'elle garantisse les créances de la femme contre son mari, à quelque somme que ces créances puissent monter (art. 2153, §. 3, C. civ.); qu'elle s'étende sur tous les

biens présents et à venir du mari (art. 2122, C. civ.). De sorte qu'il suffit à la femme pour jouir de la protection la plus étendue et la plus efficace, de ne pas se dépouiller des prérogatives que la loi lui donne.

518. — L'hypothèque légale de la femme, avons-nous dit, résulte du seul fait du mariage. Cette proposition, incontestée lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté en France, fait l'objet de controverses lorsqu'elle est appliquée à un mariage contracté en pays étranger.

On prétend que le mariage contracté en pays étranger ne donne hypothèque à la femme qu'autant qu'il a été transcrit sur les registres de l'état civil de France, conformément à l'art. 171 du Code civil, parce que jusqu'à cette transcription le mariage n'a pas reçu en France une publicité suffisante pour qu'on puisse sans injustice en faire dériver une hypothèque opposable aux tiers qui ont traité avec le mari.

Ce qui donne du spécieux à cette doctrine, c'est que dans les discussions du Code civil les partisans de l'hypothèque légale occulte faisaient surtout valoir que le mariage est un fait trop public pour que ceux qui traitent avec un mari puissent ignorer sa qualité, et qu'il faut bien reconnaître qu'un mariage passé à l'étranger est loin d'avoir cette notoriété qui rend toute erreur impossible sur la condition du mari.

Cette prétendue raison de décider ne peut être acceptée. En effet, si la transcription dont il s'agit était destinée à donner en France aux mariages passés à l'étranger une publicité nécessaire pour qu'ils produisissent hypothèque, cette formalité devrait être exigée surtout lorsque les époux ne sont pas revenus en

France, car c'est alors que le mariage est le plus complétement ignoré. Or, tout au contraire, la transcription n'est exigée que lorsque les époux sont revenus sur le territoire français.

Par conséquent, l'on attribue à l'art. 171 une portée qu'il n'a pas lorsqu'on veut le faire servir à atténuer les inconvénients du défaut de publicité des hypothèques légales (1).

De l'existence de cette hypothèque indépendamment d'inscription.

519.—Il est évident que si l'hypothèque légale de la femme existe indépendamment d'inscription, c'est uniquement parce que le législateur craint que le mari n'use de son influence pour empêcher la femme de prendre inscription, et que celle-ci ne se trouve privée de garanties réputées nécessaires. L'hypothèque légale de la femme devrait donc, lorsque le mariage est dissous, être soumise à l'application de la règle de droit commun qui veut que toute hypothèque soit inscrite.

Mais la loi n'a point ainsi décidé, et il n'est pas possible à la jurisprudence de fixer arbitrairement un délai dans lequel la femme ou ses héritiers devraient à peine de déchéance inscrire leur hypothèque, à la dissolution du mariage (2).

---

(1) La Cour de cassation, qui s'était prononcée dans le sens de la nécessité de la transcription, est récemment revenue sur sa jurisprudence. — Arrêt du 23 novembre 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 645.

(2) Un avis du Conseil d'État, à la date du 8 mai 1812, a fixé la jurisprudence dans ce sens (D. A., t. IX, p. 135). — Montpellier, 1er février 1828. — D., p. 28, 2, 158. — Montpellier,

520.—La femme qui a fait inscrire son hypothèque n'est pas, pour cela, déchue du droit d'avoir hypothèque sans inscription. Par conséquent l'hypothèque légale inscrite ne cesse pas de valoir parce que l'inscription prise surabondamment n'est pas utilement renouvelée (1).

521. — Mais l'hypothèque cesse d'exister indépendamment d'inscription au cas où les formalités de la purge sont accomplies (art. 2194 et 2195, C. civ.). La protection accordée à la femme doit en effet céder à la nécessité de permettre aux tiers d'affranchir les immeubles qu'ils ont acquis du mari (2).

Pour quelles créances la femme a-t-elle hypothèque légale?

522. — La question de savoir quelles sont les créances pour raison desquelles la femme a hypothèque légale présente de sérieuses difficultés.

Nous ne croyons pas, en effet, qu'on puisse partager la confiance avec laquelle la Cour de cassation s'est appuyée dans deux arrêts différents (3) sur l'art.

---

21 août 1828. — D., p. 29, 2, 142. — Montpellier, 24 février 1829. — D., p. 30, 2, 47. — Bordeaux, 24 juin 1836. — S., 37, 2, 38.

(1) Il est évident que si, à la dissolution du mariage, la femme échange son hypothèque légale contre une hypothèque conventionnelle, par exemple, si la femme renonce à l'hypothèque légale qui grève les biens qui ont appartenu à son mari, et cela à condition que cette même hypothèque sera reportée sur tel immeuble qui va être acquis en remploi, cette nouvelle hypothèque n'existe pas indépendamment d'inscription. — Agen, 15 janvier 1825. — D., p. 25, 2, 37.

(2) Voir *infrà*, De la purge de l'hypothèque.

(3) Arrêts du 11 juin 1822 et du 6 juin 1826. *J. du P.*, 1826, p. 546.

2121 du Code civil, pour décider que la femme a hypothèque légale pour toutes les créances qu'elle a contre son mari. Cet article fait bien connaître que les femmes, les mineurs et l'État ont hypothèque sur les biens des maris, des tuteurs et des comptables; mais il ne décide pas que l'hypothèque légale soit attachée à *toutes* les créances que les femmes, les mineurs et l'État peuvent avoir contre les maris, les tuteurs et les comptables. Sa rédaction le prouve assez. En effet, dire que les créances auxquelles l'hypothèque légale est attachée sont celles des femmes mariées sur les biens de leur mari, des mineurs et des interdits sur les biens de leur tuteur, et de l'État sur les biens des comptables, c'est dire qu'il n'y a d'autres créances que celles des femmes, des mineurs, des interdits et de l'État contre les maris, tuteurs et comptables qui soient garanties par une hypothèque légale; mais ce n'est pas décider que toutes les créances qui peuvent exister entre ces personnes emportent hypothèque légale.

523. — L'art. 2121 du Code civil ne nous fournit donc aucune lumière, et la question se concentre tout entière sur l'art. 2135 du Code civil.

Si l'on remonte jusqu'au principe des diverses créances que cet article déclare en termes exprès être garanties par l'hypothèque légale, on voit que l'hypothèque légale est attachée :

1°. Aux créances pour raison des conventions matrimoniales (§. 2);

2°. Aux créances pour raison de la gestion du mari (§§. 2 et 3);

3°. Même aux créances ayant pour cause des faits étrangers à l'administration du mari; telles sont celles

pour remploi des propres aliénés, ou pour indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari (§. 4).

524. — Or, de ce que la femme a hypothèque pour les créances de cette dernière classe, il apparaît que l'hypothèque légale n'est pas seulement la contre-partie du pouvoir que la loi attribue au mari, mais qu'elle est encore une garantie contre l'influence de fait que le mari peut exercer sur sa femme. Cette influence de fait se produit, quel que soit le régime sous lequel la femme est mariée; elle s'exerce à l'occasion des paraphernaux comme à l'occasion des biens dotaux, au sujet des biens de la femme séparée comme au sujet des propres de la femme mariée sous le régime de la communauté (1). D'où nous concluons que l'hypothèque légale est attachée à toutes les créances de la femme contre son mari (2). Sans doute, cette protection excessive accordée à la femme est fâcheuse pour les tiers qui traitent avec le mari, fâcheuse pour le mari lui-même; mais pouvons-nous, entraînés par des idées qui n'ont pas été accueillies par le législateur,

(1) Toutefois nous devons dire que la Cour de Riom, considérant ces mots, *créances dotales*, répétés dans deux paragraphes de l'art. 2135 du Code civil, comme intentionnellement exclusifs des créances paraphernales, a décidé que la femme n'avait pas d'hypothèque pour raison de ses créances paraphernales (Riom, 4 mars 1822; *J. du P.*, 1826, p. 546).

(2) Quand nous disons que la femme a hypothèque légale pour raison de toutes les créances qu'elle a contre son mari, nous entendons parler seulement des créances nées depuis le mariage. Il est impossible en effet que des créances chirographaires deviennent hypothécaires par cela seul que la créancière a épousé son débiteur.

faire prévaloir les intérêts des tiers et du mari que la loi a sacrifiés, et sacrifier les intérêts de la femme que la loi a préférés ?

525. — On a enseigné que la femme n'avait pas hypothèque légale pour les aliments qui lui sont dus par son mari.

M. Troplong (1) partage cet avis, et il ne le justifie qu'en citant le mot de *Fachinée* qui disait de l'opinion contraire, que c'était *somnia vigilantium*. La citation ne manque pas d'intérêt comme échantillon de la polémique ancienne, mais elle manque certainement de valeur.

En effet, si la femme avait expressément stipulé qu'il lui serait payé une pension alimentaire par son mari, elle aurait, sans aucun doute, une hypothèque légale pour raison de cette créance qui sortirait des conventions matrimoniales. Or, pourrait-il en être autrement d'une créance que la loi sous-entend dans toutes les conventions matrimoniales ?

L'obligation qui résulte de la loi n'a pas moins de force que l'obligation qui est le produit des conventions des parties ; elle doit être entourée des mêmes garanties, et l'équité la plus vulgaire s'oppose à ce que l'on puisse admettre que, tandis que la femme qui s'est fait accorder par son mari un préciput considérable, voit cet avantage assuré par une hypothèque, la femme qui, en vertu de droits que la loi elle-même lui confère, réclame de son mari une simple pension alimentaire, ne jouisse point des mêmes garanties (2).

(1) T. II, n° 418.

(2) *Sic*, Cass., 29 août 1838 ; *J. du P.*, 1838, t. II, p. 242. —

526. — Il est une autre source de créances à laquelle on pourrait dénier la garantie hypothécaire, bien plus justement qu'aux créances alimentaires. Cependant, on ne l'a pas fait. Nous voulons parler des créances pour raison des donations faites par le mari à la femme durant le mariage. L'hypothèque légale, en effet, est une protection accordée à la faiblesse; elle est uniquement destinée à mettre autant que possible la fortune de la femme à l'abri des effets de la puissance de droit ou de fait qui est exercée par le mari, et à assurer l'exécution des conventions matrimoniales (art. 2135, C. civ.).

Or, il est évident qu'une donation faite à la femme par le mari durant le mariage n'est pas un acte de puissance maritale. Il est plus évident encore que cette donation ne se rattache pas aux conventions matrimoniales. Par conséquent, lorsqu'on accorde à la femme une hypothèque légale pour raison des donations que son mari lui a faites durant le mariage, on détourne l'hypothèque légale de son but, et l'on viole l'art. 2135 du Code civil (1).

Ce qui confirme notre doctrine, c'est que le pupille

Cet arrêt décide dans une espèce où il s'agit des aliments dus après le décès du mari, en vertu de l'art. 1465 du Code civil; mais il est évident que la pension alimentaire due par le mari lui-même à sa femme, au cas de séparation de biens, ne peut être destituée des garanties qui assurent le paiement de la pension due par les héritiers du mari.

(1) Nous avons démontré précédemment que l'art. 2121 du Code civil est complétement étranger à toute question de savoir si la femme a hypothèque légale pour raison de telle ou telle créance. Voir *suprà*, n° 522.

n'a pas hypothèque légale sur les biens de son tuteur pour raison des donations que le tuteur lui a faites (art. 2135, §. 1er), et qu'il est impossible de donner une raison plausible pour établir que les donations faites durant le mariage par le mari à la femme doivent être plus fortement garanties que celles qui sont faites par un tuteur à son pupille.

Sur quels biens l'hypothèque légale de la femme s'étend-elle ?

527. — L'hypothèque légale de la femme s'étend sur tous les biens présents et à venir du mari (art. 2122, C. civ.).

Toutefois, cette proposition doit s'entendre seulement des biens à venir que le mari acquerrait avant la dissolution du mariage. En effet, si une hypothèque légale est attachée aux créances de la femme contre son mari, ce n'est pas pour raison de la cause de ces créances, mais bien pour raison de la position de la femme vis-à-vis de son mari. D'où il suit qu'on serait mal fondé à prétendre que les droits hypothécaires qui ne sont pas réalisés au profit de la femme peuvent se réaliser au profit de ses héritiers.

M. Duranton a accueilli cette idée, lorsqu'il a enseigné que l'hypothèque légale ne frappe les biens acquis depuis la dissolution du mariage qu'autant qu'elle est inscrite (1); mais il n'en a qu'incomplétement déduit les conséquences; car ce ne sont pas seulement les motifs de la dispense d'inscription qui cessent lors de la mort de la femme, ce sont les motifs de toute extension nouvelle de l'hypothèque.

(1) Duranton, t. XIX, n° 236.

Les héritiers, d'ailleurs, recueillent les droits que leur auteur avait au moment de son décès, mais ils ne sont point investis des aptitudes à acquérir que la loi avait accordées à celui-ci, à raison de sa position toute personnelle.

528. — L'hypothèque légale de la femme atteint la part indivise des immeubles dont le mari est copropriétaire, et la suit entre les mains de l'acquéreur; mais elle ne s'étend pas sur les biens d'une société dont le mari fait partie, parce que la société est une personne morale distincte de la personne des associés, et que, par conséquent, le mari associé n'est pas propriétaire des immeubles de la société (art. 529, C. civ.).

Nous avons démontré ailleurs que la communauté constitue une véritable société entre les époux, et non un simple état de copropriété. Nous sommes donc en droit de conclure que la femme n'a pas hypothèque sur les conquêts de communauté.

Cependant l'objection suivante est, nous devons le dire, généralement acceptée comme raison de décider: La renonciation de la femme efface rétroactivement l'existence de la communauté, de sorte que les biens de la communauté sont réputés avoir toujours été biens du mari.

A cet égard, nous n'avons qu'une seule observation à présenter, à savoir, que cette rétroactivité de la renonciation n'est pas consacrée par la loi. Ce qui prouve ce que nous avançons, c'est que, même au cas de renonciation de la part de la femme, la loi distingue les biens de la communauté des biens du mari (art. 1495, C. civ.).

La doctrine qui veut que l'hypothèque s'étende sur les conquêts de communauté repose donc sur une fiction purement imaginaire. Or, si le principe est imaginaire, si les effets sont fâcheux même pour la femme, n'est-ce pas le cas de souhaiter que la jurisprudence fasse retour sur elle-même, surtout quand, en faveur de l'opinion contraire à celle qui prévaut aujourd'hui, on rencontre des précédents judiciaires fort graves (1).

529. — L'hypothèque de la femme cesse de frapper les biens du mari lorsque le droit de propriété de celui-ci vient à se résoudre. Ainsi, si le mari a acquis à réméré, l'exercice du réméré fera évanouir l'hypothèque de la femme.

Réciproquement, l'hypothèque légale de la femme atteint les biens du mari, du moment où celui-ci les fait rentrer dans son patrimoine par l'exercice de l'action résolutoire.

Elle grève même l'immeuble entre les mains de celui qui a acquis l'action résolutoire du mari et l'a exercée. Ainsi, si le mari, après avoir vendu un immeuble à réméré, vend son action en réméré, l'hypothèque de la femme grève l'immeuble entre les mains de l'acquéreur de l'action en réméré.

Il n'importe même que l'acquéreur de l'immeuble à réméré ait purgé l'immeuble, ou que l'immeuble ait été vendu avant ou après la dissolution du mariage; car si cet immeuble se trouve grevé de l'hypothèque après l'exercice de l'action en réméré, ce n'est pas à cause de l'hypothèque dont il était originairement grevé, mais

(1) *Contrà*, Troplong, n° 433.

bien à raison de l'hypothèque qui grevait l'action elle-même, comme chose immobilière (1).

530. — Par exception aux principes généraux, le droit de retour qui fait revenir au donateur le bien franc et quitte de toute hypothèque, ne porte pas atteinte à l'hypothèque de la femme, pour raison de la dot et conventions matrimoniales, mais au cas seulement où les autres biens du mari ne suffisent pas et où la donation a été faite par le contrat de mariage, d'où résultent ces droits et hypothèques (art. 952, C. civ.).

531. — Cette disposition exceptionnelle n'étant introduite que pour qu'il ne soit pas manqué à la foi du contrat de mariage, l'hypothèque subsidiaire de la femme sur les biens qui sont retournés au donateur ne garantit que les créances issues du contrat de mariage lui-même. Ainsi, l'hypothèque pour raison des dettes contractées pas la femme solidairement avec le mari ne grève pas les biens, qui retournent au donateur. On comprend, d'ailleurs, que s'il en était autrement il serait toujours loisible au mari, en se constituant débiteur de sa femme, de priver le donateur du bénéfice du droit de retour.

532. — La femme est déchue de son hypothèque subsidiaire lorsqu'elle a perdu par sa faute son hypothèque principale, soit parce qu'elle a consenti à la restreindre, soit parce qu'elle y a renoncé au profit des tiers. Le donateur, en effet, ne doit pas souffrir des actes de la femme.

533. — L'ouverture de la substitution résout ré-

(1) *Contrà*, Bordeaux, 26 novembre 1829. — D., p. 31, 1, 228.

troactivement les droits du grevé de substitution. De telle sorte que les appelés sont réputés tenir immédiatement leurs droits du grevé. Il suit de là que la femme n'a pas hypothèque légale sur les biens dont son mari n'est propriétaire que comme grevé de substitution (art. 1054, C. civ.). Mais l'auteur de la substitution peut, à son gré, en restreindre les effets. D'où nous concluons que, si celui-ci l'ordonne, la femme a hypothèque légale même sur les biens grevés de substitution.

Toutefois, pour éviter tout débat sur l'existence et sur l'étendue de cette dérogation apportée par la volonté de l'homme aux règles du droit commun, la loi exige que cette dérogation soit faite en termes exprès, et que les créances pour lesquelles la femme doit avoir hypothèque soient spécialement déterminées. Dans ce cas-là même, l'hypothèque légale de la femme n'existera qu'autant que les biens libres du mari seraient insuffisants pour remplir la femme de ses créances.

On a prétendu, en se fondant sur la lettre de l'art. 1054 du Code civil, que l'auteur de la substitution ne peut attribuer à la femme hypothèque légale sur les biens grevés, que pour raison *du capital des deniers dotaux*. Cette doctrine doit être rejetée, car il est impossible d'admettre que celui qui dispose, à charge de substitution, n'ait pas la faculté de restreindre, autant qu'il lui plaît, les droits des appelés. L'art. 1054 du Code civil nous présente un exemple d'un de ces cas rares où le texte doit céder devant la puissance de principes qu'il faut admettre comme des vérités nécessaires.

L'art. 1054 du Code civil n'a d'effet qu'en faveur des appelés; par conséquent, la femme a *de droit* hypothèque légale, pour toute créance, sur l'usufruit des biens que le mari ne détient qu'à charge de restitution (art. 2122 et 2118, §. 2, C. civ.).

Date de l'hypothèque légale.

534. — L'art. 2135 du Code civil, spécialement destiné à déterminer la date de l'hypothèque pour raison des diverses créances que la femme peut avoir contre son mari, ne prévoit que des cas particuliers; mais il est facile, à l'aide des solutions données, de remonter jusqu'au principe.

De l'art. 2135, en effet, sort évidemment cette règle, que l'hypothèque légale ne doit pas avoir une date antérieure à la créance dont elle est l'accessoire.

D'où il suit : —

Que l'hypothèque ne prend date du jour du mariage que lorsqu'elle est l'accessoire de créances qui, provenant des conventions matrimoniales, constituent la femme créancière de son mari à partir du jour même du mariage; —

Que l'hypothèque pour raison de la gestion du mari ne date que du jour où le mari est entré en gestion (1); —

Que l'hypothèque pour raison d'actes étrangers à l'administration du mari ne prend rang que du jour où ces actes ont été accomplis.

535. — Ces conséquences, quoique régulièrement déduites d'un principe incontestable, sont cependant

---

(1) Voir *suprà*, n° 523.

l'objet de controverses trop sérieuses pour que nous puissions les passer complétement sous silence.

M. Troplong a ravivé la doctrine d'après laquelle l'hypothèque légale de la femme doit remonter au jour du contrat de mariage (1). Il prétend « *que le système* « *de l'ancienne jurisprudence s'est fait jour par l'issue* « *un peu tardive des art.* 2194 *et* 2195. »

Ne sommes-nous pas en droit de répliquer, en nous servant de la même image, que toute issue avait été fermée d'avance et irrévocablement par l'art. 2135 qui, spécial à la matière dont il s'agit, décide que l'hypothèque pour raison des conventions matrimoniales date du *jour du mariage* et non du jour du contrat de mariage.

Quant à la légère inexactitude de rédaction qui se rencontre dans les art. 2194 et 2195, il suffit, pour s'en rendre compte et en même temps pour en faire justice, de consulter ce passage où Pothier (2) enseigne que l'expression *contrat de mariage* désigne et le mariage lui-même et les conventions particulières que font entre elles les personnes qui contractent mariage.

M. Troplong objecte que Pothier n'est pas le Code civil. Sans doute; mais Papinien Basnage ou Lamoignon invoqués par ce savant jurisconsulte sont encore bien moins le Code civil.

Quoi qu'il en soit, nous voulons faire le sacrifice de l'explication que nous donnons des mots *contrat de mariage* qui se trouvent dans les art. 2194 et 2195 du Code civil; nous renonçons même à soutenir que ces

(1) T. II, n° 583.

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 2.

mots se soient introduits dans les articles en question par inadvertance ou par suite d'une équivoque que le langage habituel admet, et nous acceptons l'antinomie entre l'art. 2135 d'une part, et les art. 2194 et 2195, d'autre part. — Lequel de ces textes doit être préféré?

Sur cette question nous pourrions nous borner à répéter ce que nous avons déjà dit, à savoir, que l'art. 2135 est spécial à la matière dont il s'agit, et que par conséquent c'est lui qui doit être considéré comme décisif : nous aimons mieux remonter aux principes.

L'hypothèque ne peut précéder la créance. Par conséquent, pour établir que l'hypothèque date du jour du contrat de mariage, il faut démontrer que tous les effets du contrat de mariage remontent au jour même de ce contrat. C'est ce que M. Troplong prétend faire en disant que la condition suspensive à laquelle le contrat de mariage est soumis est une condition mixte dont l'accomplissement rétroagit au jour du contrat.

Cette assertion repose sur une confusion.

La condition à laquelle la validité du contrat de mariage est subordonnée est sans doute une condition mixte, puisque le mariage ne peut avoir lieu qu'autant que la volonté de la femme concourt avec celle du mari ; mais la condition de laquelle dépend la non-validité du contrat est purement potestative, car il suffit que le futur conjoint refuse de se marier pour que le mariage ne puisse s'effectuer, et, aux termes de l'art. 1170 du Code civil, la condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de

l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'*empêcher*.

Quant à l'art. 1404 du Code civil, invoqué aussi pour prouver que les effets du contrat de mariage rétroagissent au jour de ce contrat, il est tout exceptionnel. Car si d'après le droit commun les effets du contrat de mariage devaient remonter au jour de ce contrat, il n'aurait pas été statué d'une manière spéciale pour l'hypothèse prévue par l'article dont il s'agit.

Nous devons faire une dernière observation. L'ancienne jurisprudence, qui prenait assurément moins de souci que la législation moderne des intérêts des tiers qui traitent avec le mari, n'était pas unanime pour faire remonter dans tous les cas l'hypothèque au jour du contrat de mariage. Lebrun refusait de faire remonter à cette date les effets de l'hypothèque quand le contrat avait précédé de longtemps le mariage. Et l'on admettrait que, sous l'empire du Code, l'hypothèque remonterait au jour du contrat de mariage, ce contrat eût-il de dix ans précédé le mariage; car aucune distinction n'est permise si les art. 2194 et 2195 du Code civil doivent être pris à la lettre et prévaloir sur l'art. 2135! Cela est impossible.

536. — Nous avons avancé que l'hypothèque légale pour raison de la gestion du mari ne date que du jour où le mari est entré en gestion. Quelques explications sont nécessaires sur ce point.

L'entrée en gestion ne peut rationnellement être reportée à une époque antérieure à celle où les biens qui font l'objet de cette gestion tombent dans le patrimoine de la femme. L'hypothèque pour raison de l'administration du mari n'a donc pas une date unique.

537. —Mais l'hypothèque prend-elle date du jour de l'acquisition des biens auxquels elle est relative, ou seulement du jour où ces biens ont été remis au mari?

Cette question a été agitée devant la Cour de Bordeaux (1), dans une espèce où il s'agissait de savoir si l'hypothèque légale date du jour de l'ouverture des successions échues à la femme, ou du jour où les successions ayant été liquidées ces sommes ont été remises au mari. La Cour a décidé que c'était du jour de l'ouverture de la succession que datait l'hypothèque légale : cette décision doit être approuvée.

L'hypothèque, en effet, naît au moment où commence la responsabilité du mari comme administrateur de tels ou tels biens. Or, le mari n'est pas moins tenu de veiller à la conservation des biens indivis sur lesquels sa femme a droit, qu'à la conservation des biens qui par l'effet du partage ont été attribués à sa femme comme propriété divise.

538. — Du principe que l'hypothèque légale de la femme naît au moment où commence la responsabilité du mari comme administrateur de tels ou tels biens, il suit encore que cette hypothèque prend date du jour du contrat qui rend la femme créancière ou propriétaire, encore qu'un terme eût été stipulé pour le contrat ou la livraison; car le mari a, du jour du contrat, le devoir de surveiller la position ou les faits du débiteur afin de provoquer, s'il y a lieu, sa déchéance du bénéfice du terme (art. 1118, C. civ.), et de prendre toutes les mesures conservatoires. L'hypothèque

(1) Bordeaux, 16 août 1838; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 164.

pour raison de la dot date donc du jour du mariage, quoique un terme ait été stipulé pour le paiement.

539. — Lorsqu'il s'agit de créances pour raison d'une simple administration de fait de la part du mari, telle est l'administration des paraphernaux ou des biens de la femme séparée, l'hypothèque ne date que du jour où l'administration a effectivement commencé. Nulle difficulté ne peut s'élever sur ce point, qu'il convenait cependant de mentionner.

540. — L'application au cas d'aliénation de l'immeuble dotal, du principe que l'hypothèque pour raison des créances qui ne se rattachent ni aux conventions matrimoniales, ni à l'administration du mari, ne date que du jour où s'est réalisé le fait d'où dérivent ces créances, est contestée par M. Troplong. Voici comment s'exprime cet auteur(1) : « Lorsqu'il s'agit « de l'aliénation d'un propre non dotal, le mari n'avait « avant cette aliénation contracté envers la femme « aucune obligation relative à ce genre de propriété; « ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de « son bien qu'il s'oblige à l'indemniser. L'aliénation « engendre seule l'obligation, et l'obligation donne « naissance à l'hypothèque. Au contraire, lorsque le « mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du con- « trat de mariage qui rend le bien dotal inaliénable, « il encourt la responsabilité qu'il avait promise à « l'instant du contrat de mariage. L'hypothèque gre- « vait tout son avoir bien longtemps avant l'aliénation « du fonds dotal : cette aliénation ne produit donc

(1) Troplong, t. II, n° 589.

« pas l'hypothèque, elle est l'événement qui force la « femme à en user. »

Nous comprendrions sans l'approuver une doctrine d'après laquelle l'hypothèque pour raison de la vente des propres de la femme, quels qu'ils fussent, remonterait au jour du mariage, parce que cette vente serait alors considérée comme une infraction aux conventions matrimoniales. Mais comment comprendre la distinction que l'on établit entre l'aliénation de l'immeuble dotal et l'aliénation de tout autre propre de la femme. L'immeuble dotal, dit-on, est inaliénable; tout autre immeuble de la femme ne l'est pas : cela est vrai; mais en quoi cette différence peut-elle légitimer la décision dont il s'agit? Voilà ce qu'il aurait fallu démontrer et ce qu'on n'a pas réussi à faire.

M. Troplong avance que le mari lorsqu'il vend l'immeuble dotal encourt la responsabilité qu'il avait promise à l'instant du contrat de mariage. L'inexactitude de cette assertion est manifeste. Sans doute le contrat de mariage donne au mari le droit d'administrer les immeubles dotaux et d'en jouir. Mais il ne résulte pas de là que le mari *contracte au jour même du contrat de mariage une obligation actuelle pour le cas où il viendrait à aliéner l'immeuble.* En effet, si le mari doit indemniser sa femme lorsqu'il a aliéné les immeubles dotaux, cela vient uniquement de ce que chacun doit respecter la propriété d'autrui.

Or, le mari n'est pas plus étroitement tenu de respecter la propriété de sa femme lorsqu'il est marié sous le régime dotal que lorsque les conventions matrimoniales établissent tout autre régime. Sous aucun régime l'obligation d'indemniser ne préexiste au préjudice causé.

Pour ne laisser sans examen aucune des propositions sur lesquelles se fonde la doctrine enseignée par M. Troplong, rapprochons les deux passages suivants de la citation que nous avons faite : « Quand il s'agit « de l'aliénation des immeubles non dotaux, l'aliéna- « tion engendre seule l'obligation et l'obligation donne « naissance à l'hypothèque; au contraire, lorsqu'il « s'agit de l'aliénation du fonds dotal, l'aliénation ne « produit pas l'hypothèque, elle est l'événement qui « force à en user, car l'hypothèque grevait tout « l'avoir du mari bien longtemps avant l'aliénation. »

Cette opposition n'est que spécieuse, car l'hypothèque pour raison de l'aliénation ne peut jamais précéder l'aliénation elle-même. L'effet ne préexiste pas à la cause. Cette vérité serait incontestable lors même qu'elle ne serait pas démontrée par le §. 3 de l'art. 2135.

S'il nous était permis de hasarder une indication du principe d'où procède la doctrine que nous réfutons, nous dirions que cette proposition n'est que la conséquence de la doctrine que M. Troplong a émise ailleurs, à savoir, que le mari est propriétaire de la dot ; car si le mari est propriétaire de la dot, la femme se trouve, à partir du jour du mariage, créancière pour raison de cette dot, et il est vrai de dire que l'hypothèque ne résulte pas de l'aliénation faite par le mari, car elle s'attache à la créance qui est née de la transmission de propriété. Mais le principe romain d'après lequel le mari est propriétaire de la dot n'a pas passé dans notre droit (1); nous devons donc rejeter toutes les conséquences qui s'y rattachent.

---

(1) Voir *suprà*, n° 344.

541. — L'hypothèque légale pour raison de l'aliénation des immeubles dotaux ne date donc que du jour de cette même aliénation.

Nous rencontrons quelques décisions judiciaires qui sont restées en deçà ou qui sont allées au delà de ce résultat. Nous devons les signaler.

Un arrêt de la Cour de Grenoble du 21 mai 1824 (1) a décidé que la femme dont l'immeuble dotal a été aliéné par le mari pour un prix inférieur à sa valeur véritable, et qui, à raison de ce, a obtenu une indemnité en sus de la vente, n'a hypothèque que du jour du jugement de séparation qui détermine cette indemnité et l'adjuge, et non du jour de la vente. — Cet arrêt suppose que l'indemnité ne fait pas partie de la dot, et que c'est le jugement de séparation qui fait naître au profit de la femme le droit à une indemnité : principe si évidemment faux que les conséquences qui en sont déduites n'ont besoin d'aucune réfutation.

La même Cour, cédant à une tendance bien opposée, a décidé que l'hypothèque légale de la femme pour le remboursement du prix de vente d'un immeuble dotal vendu par le mari en vertu d'une clause du contrat de mariage, date du jour même du mariage, et non du jour de la vente (2).

Cet arrêt n'a pu s'inspirer que des doctrines anciennes; mais cette circonstance ne justifie pas la doctrine qu'il consacre. En effet, la clause portée au contrat de mariage et qui donne au mari pouvoir de vendre

(1) D. A., 9, 136.

(2) Arrêt du 6 janvier 1831. — D., p. 32, 2, 90; et aussi Cass., 27 juillet 1826. — D., p. 26, 1, 432.

l'immeuble de sa femme, ne suffit pas pour constituer celle-ci créancière de son mari. Or, tant que la femme n'a pas eu de créance, elle n'a pas eu d'hypothèque (1) (art. 2135, C. civ.).

542. — La femme a certainement hypothèque légale pour raison des frais d'instance en séparation de biens; car ces frais, faits pour mettre la femme à même d'effectuer les reprises auxquelles elle a droit, doivent participer à la faveur de ces reprises (2).

Quelle est la date de cette hypothèque?

Les frais de séparation doivent être considérés comme accessoires des créances et des reprises pour l'exercice desquelles la séparation est demandée (3). Par conséquent, ces frais doivent être colloqués au même rang que les créances.

Lorsque les créances sont colloquées à des rangs différents, il faut distinguer les frais fixes des frais qui varient suivant l'importance des reprises, colloquer les premiers comme accessoires de celle des créances de la femme qui obtient le meilleur rang, répartir les frais proportionnels entre les diverses créances, eu égard à leur importance respective, et les colloquer comme accessoires au même rang que ces créances.

543. — L'hypothèque légale de la femme pour raison

---

(1) *Sic*, Troplong, t. II, n° 589.

(2) La jurisprudence est fixée sur ce point. Voir arrêt de la Cour de Bordeaux du 16 août 1838, et les autres arrêts indiqués au *Journal du Palais*, 1839, t. I, p. 164.

Un arrêt de la Cour de Rouen, à la date du 12 mars 1817, a seul décidé en sens contraire.

(3) Troplong, t. III, n° 702.

des frais de séparation de corps ne peut datér que du jour de la demande.

Mais les frais de liquidation nécessités par la séparation de biens résultant de la séparation de corps sont colloqués suivant les principes posés au numéro précédent.

544. — Il n'est pas laissé à la discrétion des volontés privées d'étendre les effets que la loi a attachés à une institution qui ne procède que d'elle seule. C'est pourquoi on ne peut déroger par contrat de mariage aux règles tracées par l'art. 2135 du Code civil, quant à la date des hypothèques légales, en tant que ces dérogations auraient pour effet de donner à l'hypothèque légale une date antérieure à celle qui est fixée par la loi.

Ainsi, il ne serait pas valablement stipulé que l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés dâtera du jour du mariage (1). La femme pourrait sans doute stipuler une hypothèque conventionnelle qui prendrait date de ce jour; mais cette hypothèque devrait être spéciale, inscrite et prise pour une somme déterminée.

545. — Quant aux stipulations qui auraient pour effet de donner à l'hypothèque légale de la femme un rang moins avantageux que celui qui lui est attribué par la loi, elles constituent une renonciation éventuelle à cette hypothèque, puisqu'en faisant descendre l'hypothèque à un rang inférieur on peut lui faire perdre son utilité.

Or, les renonciations, même éventuelles, ne peuvent avoir lieu que sous les conditions déterminées par les art. 2140 et 2144 du Code civil. Par conséquent, les

---

(1) Troplong, t. II, n° 588.

prescriptions dont il s'agit ne sont valables qu'autant qu'elles sont conformes aux prescriptions de ces mêmes articles (1).

Quand la femme peut-elle exercer ses droits hypothécaires?

546. — Jusqu'au jour de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage, la femme ne peut exercer aucune poursuite pour raison de ses droits contre son mari. Par conséquent, elle n'a pas le droit de provoquer l'ouverture d'un ordre pour l'exercice de son hypothèque légale; mais si avant cette époque un ordre vient à s'ouvrir, elle a la faculté d'y produire pour la conservation de ses droits.

En effet, les art. 2194 et 2195 du Code civil, qui permettent de purger l'hypothèque légale de la femme avant la séparation de biens ou avant la dissolution du mariage, supposent nécessairement que la femme peut être colloquée avant que le montant des créances de la femme contre le mari soit fixé par un événement qui mette fin à la gestion du mari. Dans ce cas, la collocation n'est qu'éventuelle, et la femme n'en touche le montant qu'à la charge de donner caution. Mais, par réciprocité, et comme l'hypothèque de la femme existe pour raison de créances indéterminées, aucune partie du prix ne peut être distribuée aux créanciers postérieurs, qu'à la charge par eux de donner caution.

547. — La question de savoir si la femme qui s'est obligée solidairement avec son mari, et qui, en vertu de l'art. 1431 du Code civil, est réputée simple caution, a droit, avant d'avoir payé, à une collocation actuelle,

(1) Voir *infrà*, n° 548.

a donné lieu à de graves divergences en jurisprudence.

La Cour d'Amiens a décidé, par un arrêt du 9 février 1829 (1), que la femme qui n'a pas exécuté l'obligation ne peut prétendre à une collocation et n'a droit d'exiger que des sûretés. La même Cour est revenue sur cette jurisprudence par un arrêt du 19 décembre 1837 (2). Suivant cet arrêt, la femme a droit d'exiger une collocation *actuelle* sans avoir payé, et cela lors même qu'elle ne rapporterait pas un acte de liquidation de ses reprises. Mais, par un arrêt du lendemain (3), la même Cour, modifiant ses décisions précédentes, a accordé à la femme une collocation purement éventuelle.

On a signalé aussi des variations dans la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, mais ces variations ne sont qu'apparentes.

En effet, si, par son arrêt du 16 juillet 1832 (4), la Cour de cassation n'a pas admis un pourvoi fondé sur ce qu'on avait refusé de faire application à la femme de la disposition de l'art. 2032, §. 2, du Code civil, tandis qu'en 1834 elle a admis un pourvoi fondé sur le même moyen (5), c'est uniquement parce que ce moyen n'avait pas été proposé devant la Cour royale.

La doctrine consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation rendu en 1834 est évidemment la doctrine

(1) *J. du P.*, 1829, p. 662.
(2) *J. du P.*, 1838, t. I, p. 345.
(3) *J. du P.*, 1838, t. I, p. 347.
(4) D., p. 32, 1, 322.
(5) Arrêt du 25 mars 1834. — D., p. 34, 1, 137.

préférable. On a même peine à comprendre comment, en présence des art. 1431 et 2032, §. 2, du Code civil combinés, des décisions contraires ont pu être rendues (1).

Des restrictions apportées au profit du mari à l'hypothèque légale de la femme.

548. — La femme ne peut renoncer à son hypothèque, mais elle a la faculté de ne faire porter ses droits hypothécaires que sur certains immeubles du mari.

Cette faculté peut être exercée, soit lors du contrat de mariage, soit pendant le mariage (art. 2140 et 2144, C. civ.).

549. — La loi porte que la restriction de l'hypothèque ne peut être convenue dans le contrat de mariage, qu'autant que *les parties sont majeures*.

Si l'on prenait ce texte à la lettre il faudrait décider que la restriction ne peut avoir lieu, dans ce cas, qu'autant que les futurs époux sont majeurs l'un et l'autre, et, qu'ainsi, cette restriction serait nulle si le mari était mineur.

Malgré le texte, une conséquence si absurde, le mot est permis dans cette circonstance (2), est universellement rejetée.

Mais on est lié par le texte quand la femme est mineure. Toutefois, un arrêt de la Cour de Paris, du

(1) Orléans. — D., p. 37, 2, 89.

(2) Le mot est permis lorsqu'on sait dans quel but les partisans de l'hypothèque légale occulte ont fait insérer après coup, dans l'art. 2140 du Code civil, ces mots, *parties majeures*. Voir Locré, sur l'art. 2140.



10 août 1816 (1), a jugé que l'art. 2140 s'applique aux parties mineures, comme aux parties majeures. Sans doute c'était, ainsi que le dit M. Troplong, corriger la loi au lieu de l'exécuter (2); mais on ne peut disconvenir que cette correction ne soit bien raisonnable.

550. — Que faut-il décider si la femme, mineure au moment de la passation du contrat de mariage, est majeure au moment du mariage?

Nous avons déjà démontré (3) que le contrat de mariage n'a, jusqu'au moment où le mariage est célébré, qu'une existence conditionnelle, et que la condition à laquelle il est subordonné étant purement potestative, ne rétroagit pas au jour du contrat. C'est donc au jour du mariage seulement que la majorité de la femme est exigée.

551. — Les termes de la clause qui restreint l'hypothèque sont indifférents. Il n'importe donc que la femme ait déclaré qu'elle restreint son hypothèque à tels ou tels immeubles, ou bien que le mari ait stipulé qu'il pourra aliéner librement une partie de ses immeubles.

552. — La femme a la faculté de restreindre son hypothèque pendant le mariage; mais ce n'est qu'autant que son hypothèque légale porte sur *tous* les immeubles de son mari (art. 2144, C. civ.); ce qui exclut la possibilité d'une seconde restriction, quelque peu importante qu'ait été la première, et quel que soit

(1) *J. du P.*, 1816, p. 586.
(2) T. II, n° 637.
(3) Voir *suprà*, n° 535.

l'excès de garanties que présentent les immeubles du mari.

553. — Pour que la restriction de l'hypothèque légale puisse avoir lieu pendant le mariage, trois conditions sont exigées : 1°. Consentement de la femme; 2°. Avis des quatre plus proches parents, réunis en assemblée de famille; 3°. Jugement rendu contradictoirement avec le procureur du roi.

554. — La première condition fait évidemment obstacle à ce que la restriction puisse être prononcée malgré la femme.

Le contraire a cependant été décidé par un arrêt de la Cour de Nancy (1). Cet arrêt est fondé sur une induction tirée de l'art. 2161 du Code civil, qui permet au débiteur de faire réduire, malgré son créancier, les inscriptions prises par ce dernier, toutes les fois que ces inscriptions portent sur plus de domaines que cela n'est nécessaire pour la sûreté de sa créance.

Une simple observation fait tomber cet argument.

L'art. 2161 et ceux qui le suivent et développent le système qu'il contient, sont conçus dans la prévision du cas où la créance doit être évaluée. Or, la créance hypothécaire de la femme n'est soumise à aucune évaluation.

La Cour de Nancy s'appuie encore sur ce que l'hypothèque légale du mineur peut être restreinte malgré la volonté du subrogé tuteur. L'argument n'est pas fondé, car il n'y a aucune assimilation à établir entre des positions réglées par des textes expressément différents.

(1) 26 août 1825. — S., 26, 2, 149.

555. — Quant à l'avis de parents, il n'est pas besoin qu'il soit favorable, car il n'est exigé que comme document propre à éclairer la justice.

556. — Le mari n'ayant, dans l'instance en réduction d'hypothèque, d'autre contradicteur que le ministère public, celui-ci est partie principale au procès; il a donc le droit d'interjeter appel du jugement qui a décidé contrairement à ses conclusions.

557. — Si le jugement a été rendu sans que les formalités prescrites aient été accomplies, la femme a le droit de l'attaquer par voie de requête civile.

558. — Lorsque le mariage est dissous la femme peut, sans qu'aucunes formalités soient nécessaires, restreindre son hypothèque et même y renoncer, car elle recouvre la pleine disposition de ses droits.

De la renonciation à l'hypothèque légale faite au profit des tiers, et de la subrogation.

559. — De ce que la femme ne peut renoncer à son hypothèque légale en faveur de son mari, il est rationnel de conclure quelle ne peut renoncer à cette hypothèque : 1°. en faveur des créanciers de son mari; 2°. en faveur de ses propres créanciers, lorsqu'elle ne s'est obligée que dans l'intérêt de son mari.

La première de ces conséquences est consacrée par la jurisprudence (1); la seconde, au contraire, n'est pas admise, et nul effort de raison ne pourrait même la faire prévaloir (2).

---

(1) (2) Cass., 12 février 1811; *J. du P.*, 1811, p. 97. — Cass., 9 janvier 1822; *J. du P.*, 1822, p. 2. — Cass., 28 juillet 1823;

C'est que, même en jurisprudence, la logique est réduite à capituler devant les nécessités de fait. Serait-il possible, en effet, de refuser à la femme le droit de se dépouiller de ses prérogatives légales, quand l'intérêt de la famille exige qu'elle en fasse le sacrifice?

Toutefois on doit regretter que, puisque la jurisprudence n'acceptait pas toutes les conséquences du principe, elle ne les ait pas toutes rejetées; car ne pas permettre à la femme de renoncer à son hypothèque légale si elle ne s'oblige pas elle-même, c'est la mettre dans le cas de contracter des engagements personnels, dans bien des circonstances où il lui aurait suffi de renoncer aux garanties qui lui sont données par la loi (1).

J. du P., 1823, p. 73. — Cass., 20 avril 1826; *J. du P.*, 1826, p. 40■.

L'arrêt du 28 juillet 1823 est remarquable en ce qu'il décide, avec raison selon nous, que la femme peut renoncer à son hypothèque légale en faveur des créanciers de la communauté.

L'arrêt du 20 avril 1826 semble indiquer une tendance de la jurisprudence vers une doctrine nouvelle, car il se fonde, pour rejeter ce pourvoi, sur ce que l'arrêt de la Cour royale constate que la radiation hypothécaire était consentie par la femme *dans son intérêt privé*. Cependant il confirme en réalité la doctrine établie, puisqu'il reconnaît qu'il suffit que la femme se soit personnellement obligée pour que sa renonciation à son hypothèque légale soit valable.

(1) On ne peut prétendre justifier ce système en disant que la femme consentira plus facilement à renoncer à son hypothèque qu'à s'obliger. Voir *suprà*, n° 382, ce que nous avons dit au sujet d'un argument analogue.

560. — La femme renonce à son hypothèque au profit d'un tiers, soit qu'elle abdique le droit de se présenter à l'ordre, de sorte que chacun des créanciers du mari postérieur à la femme avançant d'un degré, le tiers qu'elle veut avantager se trouve utilement colloqué, soit qu'elle transporte ses droits hypothécaires à ce tiers, et l'appelle ainsi à prendre dans l'ordre la place qu'elle avait droit d'occuper.

De ces deux modes de renonciation, le second est celui que la femme doit employer de préférence, puisqu'à la différence du premier, il fait certainement profiter le créancier avec lequel elle traite, de la totalité des sacrifices qu'elle fait (1).

561. — Lors, par conséquent, qu'il n'apparait pas clairement qu'en renonçant à son hypothèque au profit d'un tiers la femme a voulu opérer l'extinction de son droit, on doit la considérer comme ayant voulu transférer ses droits à ce tiers; car chacun doit être présumé avoir voulu faire ce qui lui est le plus avantageux.

Cette observation tranche une des questions qui ont le plus amplement fourni aux anciens juriscon-

(1) Le prix des immeubles du mari égale 10, la femme est créancière de 8, A est créancier de 9, et B de 3. La femme veut faire le sacrifice de ses droits dans l'intérêt de B; si elle renonce simplement à son hypothèque, B ne venant qu'après A, qui prend 9, ne recueille que 1. Dans ce cas, A, payé de la totalité de sa créance, tandis qu'il n'aurait touché que 2 si la femme eût conservé ses droits, profite, contre le gré de la femme, du sacrifice fait par celle-ci. Si, au contraire, la femme transporte ses droits hypothécaires à B, celui-ci touche la totalité de sa créance, 3, la femme est colloquée pour 5, et la position de A n'a pas changé.

sultes matière à de savantes controverses ; celle de savoir si la renonciation *in favorem* est translative ou exstinctive du droit (1). N'était le respect que commandent ces antiques et doctes discussions, on viendrait peut-être à penser que plus il a été dépensé de science pour éclairer une question, plus on est heureux que le simple bon sens fournisse une raison de décider.

562. — La renonciation en faveur d'un tiers, lorsqu'elle a pour effet de transférer à ce tiers les droits de la femme, est dite subrogation.

La subrogation peut être tacite aussi bien qu'expresse.

563. — Il y a subrogation tacite toutes les fois que la femme garantit une obligation hypothécaire consentie par son mari.

En effet, la femme ne peut empêcher, par l'exercice de son hypothèque, la collocation utile de celui qu'elle sera tenue d'indemniser, s'il n'est utilement colloqué.

Il y a pareillement subrogation tacite lorsque la femme contracte conjointement avec son mari une obligation hypothécaire; car, dans ce cas, elle garantit implicitement au créancier l'accomplissement des effets hypothécaires de cette obligation.

564. — Les biens du mari cotuteur des enfants mineurs issus d'un précédent mariage de sa femme étant frappés d'hypothèque légale au profit de ces mineurs, et la femme étant tenue solidairement avec son mari

(1) Ces controverses sont reproduites par Proudhon, *Usufruit*, t. V, n° 2339; et Troplong, t. II, n° 600.

de toutes les obligations de la tutelle conjointement exercée (art. 396, C. civ.), il suit que les enfants sont subrogés à l'hypothèque légale de leur mère, toutes les fois que celle-ci est tutrice conjointement avec son mari (1).

565. — Mais on ne peut faire résulter la subrogation à l'hypothèque légale de ce que la femme s'oblige solidairement avec son mari, si d'ailleurs cette obligation n'est, au moment où elle se forme, accompagnée d'une affectation hypothécaire (2); car le débiteur a le droit de primer son créancier dans l'ordre ouvert sur un débiteur commun.

Le créancier envers lequel la femme s'est obligée n'a donc d'autre droit que celui de se faire attribuer, par voie de distribution, la part qui lui revient dans les sommes affectées à la femme dans l'ordre ouvert sur le mari (art. 778, C. pr.) (3).

La Cour de cassation a cependant décidé (4) « que « la subrogation à l'hypothèque légale de la femme qui « s'oblige solidairement avec son mari résulte de la na- « ture de l'engagement solidaire contracté avec lui;

---

(1) Cass., 22 novembre 1836; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 5.

(2) Il est évident que si la créance originairement chirographaire devient hypothécaire, soit parce que le mari a ultérieurement consenti à y joindre une garantie hypothécaire, soit parce que le créancier a pris jugement pour raison de cette créance, cette circonstance ne change en rien la nature et les effets de l'engagement de la femme.

(3) Paris, 2 janvier 1836.

(4) Cass., 17 avril 1827; *J. du P.*, 1827, p. 354. — *Contrà*, Paris, 29 juin 1812; *J. du P.* — Paris, 15 janvier 1813; *J. du P.* — Troplong, t. II, n° 606.

« *qu'il y aurait en effet une contradiction à ce qu'une* « *obligation personnelle de la femme qui emporte une* « *renonciation* à ses droits sur les biens soumis à son « hypothèque légale fût primée par un créancier qui « n'aurait qu'une hypothèque postérieure. » Il suffit de citer ce considérant pour faire justice de la doctrine de l'arrêt, car il n'est personne qui puisse croire qu'une obligation personnelle emporte renonciation de la part du débiteur au droit d'exercer avant son créancier ses droits hypothécaires sur un débiteur commun.

566. — La femme qui s'oblige solidairement avec son mari, et qui consent en même temps une hypothèque sur ses propres biens, mais sans qu'il soit consenti d'hypothèque sur les biens du mari, ne subroge pas le créancier à son hypothèque légale. En effet, le débiteur hypothécaire peut, de même que le débiteur chirographaire, primer son créancier dans l'ordre ouvert sur les biens d'un débiteur commun. Le créancier n'a que le droit de se faire colloquer en sous-ordre.

567. — La subrogation, lorsqu'elle résulte de ce que la femme s'est engagée solidairement avec son mari au paiement d'une obligation hypothécaire, n'opère pas, au profit du créancier, transaction du droit d'hypothèque *générale* de la femme. Elle transfère seulement à ce créancier le droit d'hypothèque de la femme sur les biens qui font *spécialement* l'objet de l'engagement hypothécaire contracté par le mari (1).

(1) Voir les deux numéros qui précèdent.

Par conséquent, lorsqu'un ordre s'ouvre sur des immeubles du mari, autres que ceux qui ont fait l'objet de l'engagement d'où résulte la subrogation, le créancier n'a pas le droit de se faire colloquer au lieu et place de la femme; il peut seulement user du droit qui lui est donné par l'art. 778 du Code de procédure (1).

568. — Les créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme sont-ils obligés de faire inscrire leur subrogation?

Cette importante question est aujourd'hui unanimement résolue dans le sens négatif (2). En décidant ainsi, la doctrine et la jurisprudence ont aggravé de la manière la plus fâcheuse les conséquences de l'exception apportée en faveur des femmes au principe de la publicité des hypothèques.

Ainsi le créancier hypothécaire qui a porté la prudence jusqu'à exiger que la femme s'obligeât envers lui conjointement avec son mari se verra privé par un créancier antérieurement subrogé et dont les droits étaient demeurés inconnus. Ainsi encore le tiers acquéreur qui n'a consenti à traiter avec le mari qu'à la condition que la femme usant de la faculté qui lui est accordée par l'article 2144 du Code civil affranchirait l'immeuble qui fait l'objet de l'acquisition, se verra évincé par des créanciers au profit desquels la femme

(1) Paris, 3 décembre 1838; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 617.

(2) Cass., 2 avril 1829. — D., p. 1829, 1, 209. — Amiens, 20 décembre 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 347. — Paris, 3 décembre 1838; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 617. — TROPLONG, t. II, n° 607.

avait antérieurement consenti une subrogation restée clandestine.

Quand une doctrine produit de telles conséquences, on a le droit et le devoir d'apporter une sévérité toute particulière dans l'examen des motifs sur lesquels elle se fonde.

Pour établir la dispense d'inscription, on dit qu'il n'importe aux tiers que l'hypothèque soit exercée par la femme ou par les créanciers subrogés. Les deux exemples que nous avons cités démontrent l'inexactitude de cette assertion.

Les créanciers subrogés, ajoute-t-on, représentent la femme. Cette proposition n'est pas moins erronée que la précédente puisque dans les deux cas que nous avons cités les créanciers exercent des droits que la femme elle-même ne pourrait exercer. Les créanciers subrogés tiennent leurs droits de la femme, mais ils ne sont pas ses représentants.

Autre objection : les droits transmis étaient originairement dispensés d'inscription. Or, la dispense d'inscription ne peut périr par la transmission du droit. Cet argument n'est pas concluant. En effet, si l'hypothèque légale existe en faveur de la femme indépendamment de l'inscription, c'est à raison de la position de la femme vis-à-vis de son mari. Mais les créanciers subrogés sont dans une position toute différente. Ils ont pleine liberté de donner de la publicité à leurs droits, ils sont par conséquent tenus de ne pas les laisser à l'état clandestin.

D'ailleurs il n'est pas rationnel de conclure de ce que l'hypothèque légale de la femme existe indépendamment de l'inscription que la transmission de cette

hypothèque est dispensée d'inscription. Car il est impossible de donner une raison suffisante pour ne pas soumettre aux mêmes règles la transmission de l'hypothèque légale et la transmission de l'hypothèque conventionnelle.

Nous reconnaissons que le Code n'exige point que la subrogation à l'hypothèque légale soit transcrite; mais si en matière de subrogation à l'hypothèque légale on ne pouvait suppléer au silence du Code, il faudrait décider que cette subrogation n'est pas permise, car le Code ne la réglemente pas, ne la prévoit même pas.

Ce sont les principes généraux qui doivent nous guider quand la loi est silencieuse. Or, la publicité est le principe de notre système hypothécaire. Il faut donc, quand l'exception à ce principe n'apparaît pas, se prononcer dans le sens de la nécessité de l'inscription. C'est pourquoi, loin de penser avec M. Troplong que les créanciers subrogés sont dispensés de faire inscrire leur subrogation par cela seul qu'ils ne sont pas *expressément* obligés de la faire inscrire, nous sommes d'avis que ces créanciers doivent faire inscrire leur subrogation par cela seul que leur subrogation n'est pas dispensée d'inscription.

Telle est la puissance du principe qui veut que l'hypothèque légale de la femme ne puisse être exercée par les créanciers subrogés qu'autant qu'elle est rendue publique, que ceux même qui le combattent viennent à en faire l'application par occasion. M. Troplong se pose l'espèce suivante (1) : La femme consent

(1) Troplong, t. II, n° 644.

une subrogation à son hypothèque; postérieurement elle affranchit les immeubles de son mari par voie de restriction d'hypothèque en vertu de l'art. 2144 : l'acquéreur de ces immeubles affranchis pourrait-il être poursuivi hypothécairement par le créancier subrogé, si celui-ci n'a pas pris inscription? Il y a deux droits en présence, dit cet auteur, mais ceux du subrogé doivent céder, car le subrogé avait le droit de s'inscrire.

Eh bien! ce que M. Troplong décide pour ce cas particulier, nous le décidons pour tous les cas. Si le créancier subrogé ne peut, faute d'inscription, se prévaloir de son droit contre l'acquéreur, il ne peut pareillement s'en prévaloir contre les autres créanciers de la femme (1).

569. — Toutefois, nous n'hésitons pas à admettre que la mention de la subrogation dans les inscriptions antérieurement prises par le créancier subrogé équivaut à l'inscription, alors que cette mention contient toutes les énonciations prescrites par l'art. 2153 du Code civil (2).

De la purge de l'hypothèque légale de la femme.

570. — La purge des hypothèques a pour effet d'opérer l'affranchissement de l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur, en transportant sur le prix les droits hypothécaires qui grevaient l'immeuble lui-même. Or

(1) *Sic*, Paris, 1er juin 1807. — Paris, 11 mars 1813. — Metz, 17 décembre 1822. — Bourges, 17 mai 1823. — D. A., 9, 150. — Grenier, t. I, n° 255.

(2) *Sic*, Paris, 24 août 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 687.

ce n'est qu'autant que le prix de l'immeuble est porté à sa juste valeur que ce résultat peut être obtenu sans qu'il soit porté atteinte aux droits des créanciers hypothécaires. De là les formalités qui ont pour but de mettre le créancier hypothécaire en demeure de poursuivre par voie de surenchère la vente de l'immeuble hypothéqué.

571. — Lorsque les hypothèques sont inscrites il suffit au tiers acquéreur, pour mettre les créanciers hypothécaires à même de surenchérir, de leur faire les notifications prescrites par l'art. 2183 du Code civil.

Lorsque, au contraire, les hypothèques ne sont pas inscrites et existent indépendamment d'inscription, le tiers acquéreur doit provoquer la prise d'inscription afin de mettre en demeure de surenchérir les créanciers que l'inscription fera connaître.

De ces observations nous concluons que les formalités de la purge de l'hypothèque légale de la femme sont différentes selon que cette hypothèque légale est ou n'est pas inscrite au moment où le tiers acquéreur veut purger.

Dans le cas où l'hypothèque de la femme est inscrite au moment où l'acquéreur fait transcrire son titre à fin de purge, comme il ne s'agit que de mettre les créanciers hypothécaires en demeure de surenchérir, la purge se fait conformément au chapitre 8 du titre des hypothèques (1). Dans le cas où l'hypothèque de

(1) Si l'on pensait que, dans ce cas, la purge doit se faire conformément aux dispositions des art. 2193 et suiv. du Code civil, il suffirait, pour se convaincre du contraire, de lire la rubrique du chapitre IX, où se trouvent ces articles. Elle est en effet ainsi



la femme n'est pas inscrite au moment de la transcription, comme il faut provoquer la prise d'inscription, la purge a lieu d'après les règles du chapitre 9 du même titre.

Toutefois, nous devons faire remarquer que si l'hypothèque légale de la femme non inscrite au moment de la transcription venait à être prise postérieurement (soit pendant, soit après la quinzaine), il deviendrait inutile d'accomplir les formalités prescrites par le chapitre 9 du titre des hypothèques, puisque ces formalités n'ont d'autre but que de provoquer la prise d'inscription.

Mais comme la femme doit être mise en demeure de surenchérir, on doit lui faire les significations prescrites par les art. 2183 et 2184 du Code civil. M. Troplong, se fondant sur les termes de l'art. 835 du Code de procédure, est d'avis contraire (1). Cette opinion est évidemment erronée, car il résulte de la combinaison textuelle de l'art. 835 du Code de procédure avec l'art. 834 du même Code, que ces deux articles n'ont trait qu'aux hypothèques dont l'existence dépend de l'inscription. A défaut du texte les motifs de l'art. 835 conduiraient au même résultat. En effet, si la loi dispense l'acquéreur de faire les notifications prescrites par les art. 2183 et 2184 du Code civil aux créanciers qui n'ont pas pris inscription avant la trans-

---

conçue : *Du mode de purger les hypothèques* QUAND IL N'EXISTE PAS D'INSCRIPTION SUR LES BIENS DU MARI. Ce qui prouve que les dispositions du chapitre IX ne sont pas applicables quand il y a inscription prise par la femme sur les biens du mari.

(1) TROPLONG, n° 997.

cription, ce ne peut être que parce que ces créanciers en ne s'inscrivant pas ont manqué à l'obligation qui leur était imposée. Or, la femme n'est obligée de faire inscrire son hypothèque que lorsque les formalités exigées par l'art. 2194 ont été accomplies (1).

572. — Nous ne traiterons point de la purge de l'hypothèque légale de la femme, lorsque cette hypothèque est inscrite, parce que dans ce cas, la purge est en tous points conforme à la purge de l'hypothèque conventionnelle; mais la purge de l'hypothèque légale non inscrite, soulevant des difficultés toutes spéciales à cette matière, il rentre dans notre plan de tracer les règles suivant lesquelles elle doit être faite. Les formalités que l'acquéreur doit accomplir pour provoquer la femme à prendre inscription, consistent 1°. dans le dépôt de la copie du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation ; 2°. dans la certification de ce dépôt par acte signifié, tant à la femme qu'au procureur du roi près le tribunal au greffe duquel le dépôt a été fait ; 3°. dans l'exposition durant deux mois dans l'auditoire du tribunal, d'un extrait du contrat d'acquisition contenant sa date, les noms, prénoms, profession et domicile des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de la vente (art. 2194, C. civ.).

573. — Des énonciations inexactes ou incomplètes n'entraîneraient la nullité de la purge qu'autant qu'il y aurait lieu de considérer la femme comme

(1) Voir *infrà*, n° 581.

n'ayant pas été suffisamment mise en demeure de prendre inscription.

574.— La Cour de Paris se fondant sur ce que, « dans « la procédure relative à la purge de l'hypothèque lé- « gale de la femme, celle-ci a pour adversaire, et même « pour unique adversaire, son mari seul intéressé à « dégréver l'héritage pour en toucher le prix et le « faire servir à sa libération, et qu'il est contre toute « raison et justice de vouloir que la notification puisse « être faite à la femme en parlant au mari qui a in- « térêt, non de remettre, mais de supprimer l'exploit », a décidé que les notifications faites par l'acquéreur d'un immeuble pour parvenir à la purge de l'hypothèque légale de la femme ne peuvent être faites à la femme en parlant à la personne du mari (1).

Les motifs donnés par la Cour de Paris à l'appui de sa décision sont certainement fondés en raison; mais ils ne peuvent prévaloir en droit sur les termes de l'art. 68 du Code de procédure, qui exige seulement que tout exploit soit fait à personne ou à domicile. Aussi, la jurisprudence s'est-elle fixée contrairement à l'arrêt que nous venons de citer (2).

575.— Toutefois, la jurisprudence admet que, si la notification avait été remise au mari par suite d'une collusion entre celui-ci et l'acquéreur, afin que cette notification ne parvînt point à la connaissance de la femme, cette formalité serait réputée inaccomplie,

(1) 25 février 1819; *J. du P.*, 1819, p. 117.

(2) Nîmes, 27 novembre 1827; *J. du P.*, 1827, p. 892. — Rouen, 15 février 1828; *J. du P.*, 1828, p. 1176. — Cass., 14 juillet 1830; *J du P.*, 1830, p. 682.

et l'immeuble ne serait pas affranchi entre les mains de l'acquéreur.

On ne peut nier que cette faculté accordée à la femme de faire annuler la purge pour cause de dol ne soit de nature à jeter sur les transmissions de propriété une incertitude bien plus grande que celle qui résulterait de la doctrine qui déciderait que la purge est toujours annulable, lorsque les notifications ont été faites au mari et non à la femme; car ceux qui veulent acquérir l'immeuble du tiers acquéreur primitif peuvent, en consultant les pièces de la purge, s'assurer que les notifications ont été régulièrement faites, tandis qu'ils n'ont le plus souvent aucun moyen de connaître si c'est par suite de collusion que la copie des significations a été remise au mari et non à la femme.

576. — Un avis du Conseil d'État du 9 mai 1807, approuvé le 1er juin suivant, décide que, « lorsque « la femme ou ceux qui la représentent ne sont pas « connus de l'acquéreur, il sera nécessaire et il suffira « pour remplacer la signification qui doit leur être « faite aux termes de l'art. 2194 du Code civil, en « premier lieu, que, dans la signification à faire au pro- « cureur *impérial*, l'acquéreur déclare que ceux de « qui il pourrait être formé des inscriptions pour « raison d'hypothèques légales existantes indépen- « damment de l'inscription n'étant pas connus, il fera « publier la susdite signification dans les formes pres- « crites par l'art. 683 du Code de procédure; en « second lieu, que le susdit acquéreur fasse publica- « tion dans lesdites formes de l'art. 683 du Code de « procédure, ou que s'il n'y avait pas de journal dans

« le département, l'acquéreur se fasse délivrer un cer-
« tificat portant qu'il n'en existe pas. »

577. — La loi du 2 juin 1841 sur les ventes judiciaires a modifié l'art. 683 du Code de procédure, en ce que celui qui poursuit la vente doit faire insérer les publications, non plus dans tel journal qu'il lui plaît de choisir entre ceux qui se publient dans le département, mais bien dans le journal désigné par la Cour royale (art. 696, loi du 2 juin 1841). Cette modification doit-elle avoir effet quant aux publications prescrites par l'avis du Conseil d'État du 9 juin 1807 pour la purge des hypothèques légales? Nous ne le pensons pas, car le législateur de 1841 n'a pu avoir et n'a pas eu la prétention d'établir dans une loi *spécialement* relative aux ventes judiciaires un système général de publications judiciaires. L'art. 696 de la loi nouvelle modifie le Code de procédure en ce qui concerne les ventes judiciaires, mais il laisse certainement intact l'acte du 9 juin 1807.

Si les dispositions de l'art. 683 du Code de procédure avaient été transcrites dans cet acte, on ne pourrait prétendre que ces dispositions sont aujourd'hui abrogées. Or, n'est-il pas évident que le renvoi à l'art. 683 du Code de procédure, contenu dans l'avis du Conseil d'État, a virtuellement pour résultat de rendre l'art. 683 du Code de procédure partie intégrante de ce même avis.

578. — Si la femme venait à démontrer qu'elle était connue du tiers acquéreur, qui, pour effectuer la purge, s'est conformé aux dispositions prescrites par l'avis du Conseil d'État de 1807, et que c'est par dol que celui-ci n'a pas accompli les formalités déterminées

par le Code civil, elle pourrait certainement opposer son hypothèque à ce tiers acquéreur, comme si les formalités de la purge n'avaient pas été accomplies. Mais pourrait-elle égalcment agir hypothécairement contre les tiers sous-acquéreurs qui ont ignoré le vice de la purge?

Nous croyons qu'en exigeant que le tiers détenteur qui prétend ne pas connaître la femme signifie au procureur du roi que ceux du chef desquels il peut être pris des inscriptions ne lui sont pas connus et qu'il va faire les publications exigées en pareil cas, l'avis du Conseil d'État a eu pour but d'empêcher qu'on ne puisse critiquer la purge pour cause de dol de la part du tiers détenteur. En effet, le procureur du roi, qui est ainsi averti qu'aucune signification ne sera faite à la femme, a plus spécialement le devoir de prendre inscription dans l'intérêt de celle-ci. Si le procureur du roi manque à ce devoir, les conséquences de sa faute doivent retomber sur la femme bien plutôt que sur les tiers sous-acquéreurs.

Si cette opinion n'était point adoptée, le détenteur ne tirerait jamais que des avantages bien imparfaits de la purge qu'il aurait effectuée conformément à l'avis de 1807, puisque les tiers, ne pouvant être certains que cette purge soit valable, ne consentiraient pas à acheter l'immeuble ou à l'accepter comme gage hypothécaire.

579. — Si dans les deux mois qui suivent l'accomplissement des formalités prescrites soit par l'art. 2194 du Code civil, soit par l'avis du Conseil d'État que nous avons cité, il n'a pas été pris d'inscription du chef de la femme, les immeubles sont affran-

chis de l'hypothèque légale de la femme (art. 2194, C. civ.).

Au même cas le prix de l'immeuble se trouve-t-il affranchi; en d'autres termes, la femme qui ne peut plus exercer le droit de suite contre l'acquéreur peut-elle encore se présenter à l'ordre?

Si cette question n'est pas encore définitivement vidée entre la Cour de cassation et les Cours royales (1), il faut au moins reconnaître que sa discussion est épuisée. Nul point de doctrine en effet n'a été plus souvent et plus complétement examiné : c'est pourquoi nous voulons nous borner à exposer succinctement les motifs qui déterminent notre décision.

La purge est une opération qui se passe entre le tiers acquéreur d'une part et les créanciers hypothécaires d'autre part. Elle a pour but d'affranchir l'immeuble et non de régler les droits respectifs des créanciers. Par conséquent, l'art. 2180 du Code civil qui est le fondement unique de la jurisprudence de la Cour de cassation a seulement trait aux relations des créanciers hypothécaires vis-à-vis du tiers détenteur, mais non aux relations des créanciers hypothécaires entre eux.

D'où il suit que la purge n'éteint que les droits des

---

(1) Cass., 30 août 1825. — D., p. 25, 1, 367. — Cass., 8 mai 1827. — D., p. 27, 1, 233. — Cass., 4 août 1829. — D., p. 29, 1, 331. — Cass., 15 décembre 1829. — D., p. 30, 1, 7. — Cass., 1er août 1837; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 177.

Les nombreux arrêts de Cour royale qui ont décidé contrairement à la Cour de cassation sont indiqués au *Journal du Palais*, en note, au pied de l'arrêt de cassation du 1er août 1837. Voir aussi Paris, 3 décembre 1838; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 617.

créanciers contre le tiers détenteur, qu'elle ne modifie nullement la position respective des créanciers.

C'est donc à la jurisprudence des Cours royales que l'on doit se rallier.

580. — Toutefois, nous pensons avec la Cour de cassation que lorsque les formalités de la purge ont été accomplies sans que la femme ait pris inscription, l'hypothèque légale de la femme ne peut s'exercer sur le prix encore dû par l'acquéreur, mais transporté par le mari à un tiers. En effet le prix transporté à un tiers échappe à l'exercice du droit de préférence, seul droit qui reste à la femme lorsque la purge est effectuée (1).

581. — La jurisprudence est divisée sur le point de savoir si l'accomplissement des formalités déterminées par l'art. 2194 du Code civil met la femme en demeure de surenchérir, ou bien s'il n'a d'autre effet que de provoquer la prise d'inscription; si par conséquent la femme qui, dans les délais fixés par cet article, a pris inscription, mais n'a pas formé sa surenchère, est déchue du droit de surenchérir, ou bien au contraire, si la femme conserve le droit de surenchérir tant que les notifications et les déclarations prescrites par les art. 2183 et 2184 du Code civil ne lui ont pas été faites et que quarante jours ne se sont pas écoulés depuis l'accomplissement de ces formalités.

Pour établir que l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2194 suffit pour que la purge de l'hypothèque légale de la femme soit effectuée et qu'il n'est pas besoin d'y joindre les notifications et décla-

---

(1) Cass., 8 mai 1827, indiqué à la note précédente.

rations ordonnées par les art. 2183 et 2184, on donne les motifs suivants(1).

Le chapitre 9 du titre des hypothèques se suffit à lui-même, et les formalités prescrites par l'art. 2194 sont équivalentes aux notifications exigées par les art. 2183 et 2184. Ce qui le prouve, c'est que l'art. 2195 déclare que l'acquéreur est libéré alors qu'il a payé son prix, à l'expiration des délais fixés par l'art. 2194.

Les articles 835 et 775 du Code de procédure démontrent en outre que les formalités de l'art. 2194 du Code civil ne doivent point être suivies des significations prescrites par les art. 2183 et 2184, et qu'un nouveau délai pour surenchérir ne doit point être ajouté aux délais déterminés par l'art. 2194. En effet, l'art. 835 déclare que le tiers détenteur n'est pas tenu de faire aux créanciers dont l'inscription n'est pas antérieure à la transcription de l'acte les significations prescrites par les art. 2183 et 2184 du Code civil, et l'art. 775 décide que l'ordre peut être provoqué après l'expiration des trente jours qui suivront les délais prescrits par les art. 2185 et 2194 du Code civil.

Ces motifs, quoique graves, ne nous paraissent pas être de nature à prévaloir.

La formalité *essentielle* pour qu'il y ait purge, c'est l'offre faite par le tiers détenteur qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, avec mise en demeure pour le créancier de surenchérir. Pour que cette mise en

---

(1) Grenoble, 27 décembre 1821; *J. du P.*, 1821, p. 1044. — Metz, 14 juin 1837; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 311. — Duranton, t. XX, n° 423. — Troplong, n°s 982 et 995.

demeure soit réelle, il faut que le créancier soit mis à même d'apprécier s'il est de son intérêt de requérir la mise aux enchères de l'immeuble sur lequel il a hypothèque. Or, le créancier n'est à même de faire cette appréciation qu'autant qu'il connaît non-seulement le prix et les conditions de la vente, mais encore l'état des créances qui grèvent l'immeuble et qui peuvent être préférables à la sienne.

Or, aucune des formalités prescrites au chapitre 9 du titre des hypothèques n'atteint ce but. Il n'est donc pas exact de dire que ce chapitre se suffit à lui-même et que les dispositions de l'art. 2194 sont équivalentes à celles des articles 2183 et 2184. Cela posé, il est évident qu'on ne peut, sans faire une pétition de principe, argumenter de ce que l'art. 2195, §. 2, porte que l'acquéreur est libéré lorsqu'il a payé son prix aux créanciers en ordre utile, car assurément l'acquéreur n'est libéré qu'autant que la purge est valable, et ce qui est en question c'est précisément la validité de la purge.

Quant à l'article 835 du Code de procédure, loin de prouver en faveur de la doctrine que nous combattons, il fournit un argument *à contrario* favorable à notre opinion. En effet, il se réfère textuellement à l'art. 834 du Code de procédure, et l'art. 834 renvoie spécialement aux articles 2123, 2127 et 2128 du Code civil, c'est-à-dire à des dispositions relatives aux hypothèques judiciaires ou conventionnelles (1).

L'article 775 du Code de procédure nous fournit

(1) Voir *suprà*, n° 571.



l'occasion d'une observation semblable à celle que nous venons de présenter sur l'art. 835 du Code de procédure, car il se réfère à la fois aux articles 2194 et 2185 du Code civil, ce qui indique que le délai de trente jours après lequel l'ordre peut être provoqué ne commence que lorsque le délai pour surenchérir est lui-même expiré.

De ces observations nous concluons que la femme qui a pris inscription par suite de l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2194, doit, conformément aux articles 2183 et 2184 du Code civil, être mise en demeure de surenchérir, et que ce n'est qu'à l'expiration de quarante jours après cette mise en demeure que l'immeuble se trouve affranchi de l'hypothèque légale de la femme (1).

582. — Lorsque la purge est ainsi accomplie, on procède à la distribution du prix par voie d'ordre. S'il existe des créanciers antérieurs à la femme qui absorbent le prix en totalité ou en partie, l'acquéreur est libéré du prix par lui payé à ces créanciers, et les inscriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits, seront rayées en totalité ou jusqu'à due concurrence (art. 2195, §. 2, C. civ.).

583. — Que si, au contraire, l'hypothèque de la femme prime les hypothèques des autres créanciers, il ne peut être fait aucun paiement au préjudice des droits de la femme (art. 2195, §. 3, C. civ.).

D'où il suit que la distribution du prix doit demeurer suspendue jusqu'au moment où les droits de la

(1) Caen, 9 août 1815, et 12 avril 1826; *J. du P.*, 1826, p. 371. — Orléans, 17 juillet 1829; *J. du P.*, 1829, p. 1263.

femme sont liquidés. Or, ces droits ne peuvent l'être qu'après la dissolution du mariage.

Dans ce cas, il sera fait tel emploi du prix que la justice ordonnera. L'acquéreur pourra être autorisé à le garder par devers lui ou à le consigner, ou même à le remettre aux créanciers venant immédiatement après la femme, à la charge, par ceux-ci, de fournir toutes sûretés nécessaires pour garantir qu'il sera restitué à la femme s'il y a lieu (1).

584. — La loi déclare que les inscriptions des créanciers qui viennent en ordre postérieur à la femme doivent être rayées (art. 2195, §. 3, C. civ.). Cette disposition a été critiquée (2); nous croyons que c'est à tort. En effet, la radiation des inscriptions postérieure à celle de la femme n'est point de nature à préjudicier, ainsi qu'on l'a prétendu, aux droits garantis par ces inscriptions, puisque par la purge les droits des créanciers sont fixés sur le prix. Et, d'autre part, cette radiation est nécessaire pour que le tiers acquéreur, qui a purgé et qui ne doit point souffrir du retard apporté à la distribution du prix, puisse présenter son immeuble affranchi d'inscription, aux tiers avec qui il veut traiter.

585. — Nous avons établi qu'il n'y a purge qu'autant que chacun des créanciers hypothécaires inscrits a été mis, *individuellement*, en demeure de surenchérir, et que chacun des créanciers hypothécaires non inscrits et dont l'hypothèque existe indépendamment

(1) Troplong, t. IV, n° 993.
(2) Duranton, t. XX, n° 423. — Troplong, t. IV, n° 994.

d'inscription a été mis jusqu'à la purge individuellement en demeure de s'inscrire.

Au cas de poursuite sur saisie immobilière, cette mise en demeure est effectuée à l'égard des créanciers inscrits par la notification qui leur est faite conformément à l'art. 695 du Code de procédure (aujourd'hui l'art. 690 de la loi du 2 juin 1841); mais la femme dont l'hypothèque n'est pas inscrite ne reçoit pas d'avertissement individuel qui la mette en demeure de s'inscrire. Par conséquent elle ne peut voir son hypothèque purgée par le jugement d'adjudication sur saisie immobilière (1).

(1) *Sic*, Cass., 22 juin 1833, audience solennelle. — D., p. 33, 1, 234. — *Contrà*, Cass., 21 novembre 1821. — D. A., *Hypoth.*, p. 390. — Montpellier, 16 août 1827; *J. du P.*, 1827, p. 735. — Cass., 11 août 1829. — D., p. 29, 1, 331. — Cass., 26 juillet 1831. — D., p. 31, 1, 251. — Grenier, t. II, n° 490. — Troplong, t. IV, n° 996.

CHAPITRE IX.

DE LA FEMME COMMERÇANTE ET DE LA FEMME DONT LE MARI EST COMMERÇANT.

SOMMAIRE.

De l'autorisation nécessaire à la femme pour faire le commerce. — De la femme commerçante considérée sous les divers régimes matrimoniaux. — De la femme dont le mari est commerçant. — De la femme factrice de son mari commerçant. — Droit de la femme au cas de faillite de son mari.

De l'autorisation nécessaire à la femme pour faire le commerce.

586. — La qualité de commerçant emporte avec elle la faculté de contracter des engagements multipliés. Elle impose des obligations graves et rigoureusement sanctionnées; c'est pourquoi le législateur a voulu que la femme ne pût devenir commerçante qu'avec l'autorisation du mari (art. 4, C. com.), excluant ainsi l'autorisation de justice qui dans les cas ordinaires supplée l'autorisation maritale.

L'autorisation maritale étant essentiellement révocable, le mari peut donc toujours suspendre les opérations commerciales de sa femme, précipiter sa ruine par une liquidation intempestive ou la priver de gains légitimement espérés.

Un tel pouvoir est fâcheux sans doute, mais, en cette circonstance comme en beaucoup d'autres, le législateur n'avait le choix qu'entre deux inconvénients. Il a opté pour le moindre, car il arrivera rarement que le mari usera de son autorité de manière à nuire

à sa femme, tandis que les intérêts de la famille eussent été gravement compromis si la femme avait pu, avec la seule permission de la justice, s'exposer à la contrainte par corps et à la faillite.

587. — Dans le but d'atténuer les inconvénients de l'attribution au mari d'une autorité sans contrôle, on a prétendu que si la femme était commerçante au moment du mariage, le mari ne pourrait l'empêcher de continuer le commerce; qu'il en serait de même si le mari s'était engagé par contrat de mariage à permettre à sa femme de faire le commerce. Mais il est évident que le mari en s'obligeant par contrat de mariage à ne pas retirer à sa femme l'autorisation de faire le commerce, prend un engagement illicite (art. 1388, C. civ.), et qu'à plus forte raison la seule circonstance que la femme était commerçante au moment du mariage ne prive pas le mari du droit de révoquer son autorisation (1).

Toutefois, il est important de faire remarquer que tout contrat passé par la femme avec l'autorisation de son mari, étant irrévocablement valable, le mari dont la femme régulièrement autorisée a contracté une société commerciale ne peut, en retirant à sa femme l'autorisation de faire le commerce, faire résoudre indirectement le contrat de société qu'il a approuvé.

588. — L'autorisation pour faire le commerce résulte suffisamment de ce que la femme fait le commerce au vu et au su de son mari (2); tandis que l'autorisa-

(1) Toullier, t. XII, n° 257.

(2) Cass., 14 novembre 1820. — S., 21, 1, 312. — Cass., 1er mars 1826. — S., 26, 1, 323. — Paris, 5 mars 1835. —

tion, lorsqu'elle a un autre objet, doit être donnée par écrit ou résulter du concours du mari dans l'acte.

589. — Du principe qu'il suffit, pour que la femme soit régulièrement autorisée à faire le commerce, qu'elle ait fait le commerce au vu et au su de son mari, il suit que ce serait en vain que le mari démontrerait que c'est malgré ses prohibitions formelles que la femme a continué le commerce. Dans ce cas les conséquences de la désobéissance de la femme doivent retomber sur le mari qui n'a pas su faire respecter son autorité, et non sur les tiers.

Ce que nous venons de décider ne s'applique qu'aux tiers de bonne foi, et non aux tiers qui connaissant les défenses du mari ont néanmoins contracté avec la femme.

590. — L'autorisation de faire le commerce ne donne validité qu'aux actes relatifs au commerce autorisé. Le mari et la femme elle-même ont donc la faculté de démontrer, afin de se prévaloir des dispositions de l'art. 1125 du Code civil, que les engagements souscrits ne sont pas commerciaux ou qu'ils sont étrangers au commerce autorisé.

La présomption de commercialité qui s'attache à certains actes, aux lettres de change, par exemple, et aux billets à ordre souscrits par des commerçants, ne fait pas obstacle à la preuve contraire (1); et réciproquement les tiers intéressés ont le droit d'établir que les actes non commerciaux de leur nature, telles sont

---

S., 35, 2, 137. — Cass., 27 mars 1832. — D., p. 32, 1, 168. — Duranton, t. XIV, n° 252. — Toullier, t. XII, n° 241.

(1) Toullier, t. XII, n° 249. — Duranton, t. XIV, n° 253.



les obligations notariées et les ventes d'immeubles, sont relatifs aux opérations commerciales (art. 7, C. com.), et que comme tels ils sont valablement accomplis en vertu de l'autorisation de faire le commerce. Par exception à cette dernière règle, la femme ne peut, sans être spécialement autorisée, ester en justice, même pour les faits relatifs à son commerce (art. 215, C. civ.) (1).

591. — Les deux principes qui ont fait l'objet des observations que nous venons de présenter, à savoir, que l'autorisation de faire le commerce ne peut être donnée par justice et que cette autorisation est valable quoique tacite, sont sans application au cas où il s'agit seulement d'actes de commerce isolés et qui ne sont pas de nature à attribuer à la femme la qualité de commerçante.

Par conséquent, la femme commerçante peut avec la seule autorisation de justice faire des actes de commerce, pourvu que ces actes ne soient pas relatifs à son commerce habituel.

592. — Il n'est pas douteux que la femme ne puisse, avec l'autorisation de justice, prendre des actions dans une société anonyme, se constituer associée commanditaire; car dans ces cas les capitaux seuls sont engagés, et la personne ne l'est pas.

De la femme commerçante considérée sous les divers régimes matrimoniaux.

593. — L'autorisation de faire le commerce donnée à la femme ne modifie point les règles du régime de la communauté; par conséquent, les marchandises et les

(1) DURANTON, t. XIV, n° 254.

deniers affectés au commerce, et à plus forte raison les bénéfices, sont choses de la communauté; le mari peut en disposer et ses créanciers les saisir et les faire vendre; il est vrai que les dettes du commerce tombent aussi dans la communauté (art. 1409, §. 2) et que le mari en est tenu comme chef de la communauté (art. 220 et 1419, C. civ.) (1); mais cette circonstance n'empêche pas qu'il ne soit en général plus avantageux pour la femme mariée sous le régime de la communauté d'être simple factrice de son mari, que de faire elle-même le commerce, puisque lorsqu'elle n'est que factrice elle prend part comme commune en biens dans les bénéfices, sans être jamais personnellement tenue des dettes.

594.—Mais lorsque la femme fait le commerce avec des deniers qui ont été exclus de la communauté et dont l'administration et la jouissance lui ont été réservées, ni le mari ni ses créanciers ne peuvent rien prétendre sur ces deniers ou sur les choses à l'acquisition desquelles ces deniers ont été employés. La femme ne se trouve même, dans aucun cas, dans une position plus favorable que dans celui-ci pour faire le commerce; car les produits du commerce lui demeurent propres pour la portion qui doit être considérée comme fruit des biens dont elle a la jouissance, et cependant le mari se trouve de droit garant de tous les engagements commerciaux contractés par la femme (art. 1419, C. civ.).

595. — Si la femme qui fait le commerce avec ses

(1) Le mari n'étant tenu que comme chef de la communauté, c'est-à-dire comme caution, n'est pas contraignable par corps pour raison des dettes commerciales de sa femme.

biens dotaux s'est constitué en dot son industrie, la totalité des gains commerciaux appartient au mari en sa qualité d'usufruitier de la dot.

Mais si la femme ne s'est pas constitué en dot son industrie, ou si elle fait le commerce à la fois avec ses biens dotaux et avec ses biens paraphernaux, le mari n'a droit qu'à la part des bénéfices qui doit être considérée comme le fruit des biens dotaux (1).

Si la femme ne s'est point constitué en dot son industrie et si elle fait le commerce avec ses paraphernaux, elle a droit à la totalité des bénéfices, à la charge toutefois d'acquitter les obligations imposées par les art. 1537 et 1575 du Code civil (2).

Il faut même remarquer que dans ce dernier cas la femme ne pourrait s'obliger à remettre à son mari les gains en totalité ou en partie, car une telle obligation constituerait une dérogation aux conventions matrimoniales (art. 1395, C. civ.).

Les gains commerciaux sont fixés par les opérations de l'année tout entière : le mari ne peut donc prélever aucune somme à titre de gains que lorsqu'on a

(1) *Contrà*, Toulouse, 2 août 1825; *J. du P.*, 1825, p. 768. — S., 26, 2, 21.

Cet arrêt pose en principe que, « *durant le mariage, la femme « qui a contracté sous le régime dotal doit compte au mari de son « travail ou de son industrie; que les bénéfices qui en résultent « appartiennent exclusivement au chef du ménage* »; et il décide, en conséquence, que la femme qui a payé des acquisitions d'immeubles avec les gains de son commerce, doit rapporter à la succession de son mari le prix d'acquisition.

(2) Il faut décider de même lorsque la femme est séparée de biens.

déterminé par l'inventaire le chiffre des gains de l'année.

Néanmoins le mari a la faculté de prélever selon l'usage, à des intervalles plus ou moins rapprochés, des sommes modiques, afin de subvenir à ses besoins personnels et à ceux de sa famille.

596. — Suivant l'art. 69 du Code de commerce, l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal qui embrasse la profession de commerçant postérieurement à son mariage est tenu de publier son contrat de mariage conformément à l'art. 67 du même Code. Cette disposition est applicable à la femme commerçante aussi bien qu'au mari. Il est important en effet pour les tiers d'être avertis que le mari ne sera pas tenu des obligations de sa femme, comme il le serait si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté.

597. — La femme commerçante est soumise à toute la rigueur des lois relatives à la contrainte par corps (1), à la faillite et à la banqueroute.

On doit même, quoique le mari ait comme chef le droit de régler les dépenses du ménage, appliquer à la femme la disposition de l'art. 585 du Code de commerce, d'après laquelle le commerçant doit être déclaré banqueroutier si les dépenses de sa maison sont jugées excessives.

Le législateur, en effet, en punissant l'excès dans les dépenses de la maison comme l'excès dans les dépenses personnelles, a évidemment eu pour but de ne pas laisser au commerçant la faculté de s'excuser en reje-

(1) Voir *infrà*, Appendice.

tant sur son conjoint la faute d'avoir fait des dépenses de maison excessives ; et s'il est juste que le mari ne puisse éviter les peines de la banqueroute simple en établissant que les dépenses excessives ont été faites par sa femme et non par lui, il est juste pareillement que la femme ne puisse éviter ces mêmes peines en prétendant qu'elle a été étrangère à ces dépenses.

D'ailleurs, la femme est en faute de n'avoir pas cessé le commerce du moment où elle a dû s'apercevoir que les dépenses de sa maison étaient excessives à raison de sa position commerciale.

Nous devons, toutefois, faire remarquer que la femme ne peut être condamnée comme banqueroutière pour cause de dépenses de maison excessives, qu'autant que ces dépenses ont été acquittées avec des biens qui auraient pu être le gage de ses créanciers.

Ainsi, lorsque les gains commerciaux appartiennent au mari, les créanciers de la femme n'ont pas le droit de se plaindre de ce que ces gains ont été employés à des dépenses de maison excessives, puisque ces gains échappaient nécessairement à toute action de leur part.

598. — La femme commerçante jouit de toutes les prérogatives attachées à la qualité de commerçant; elle est dispensée de revêtir du *bon* ou *approuvé* les obligations qu'elle souscrit (art. 1326, C. civ.). Elle a droit d'entrée à la Bourse.

Néanmoins, bien que la loi ne la déclare pas incapable d'être portée sur la liste des notables commerçants ayant droit d'élire les membres des tribunaux de commerce, il est dans l'esprit de nos institutions de ne pas appeler la femme à l'exercice de ces droits

électoraux qui cependant n'ont aucun caractère politique.

De la femme dont le mari est commerçant.

599. — S'il est un principe rationnel, c'est assurément celui qui veut que la femme non commerçante ne participe point aux prérogatives ou aux obligations (1) qui dérivent de la qualité de commerçant dont le mari est investi.

Néanmoins il a été décidé que la femme d'un commerçant est, comme le commerçant lui-même, dispensée de l'obligation de faire précéder sa signature du *bon et approuvé* prescrit par l'art. 1326 du Code civil (2).

Pour réfuter cette doctrine, il suffit de faire remarquer que la dispense du *bon et approuvé* est une exception dont le bénéfice est attribué à certaines classes de personnes exclusivement, et qu'une exception, quelque favorable qu'elle soit, ne peut être arbitrairement étendue (3).

---

(1) La femme qui n'est pas commerçante ne peut être mise en faillite avec son mari, alors même qu'elle gérait le commerce de celui-ci. — Caen, 21 août 1825. — D., p. 26, 2, 76.

(2) Liége, 29 juin 1824; *J. du P.*, 1824, p. 845. — Rouen, 14 novembre 1828; *J. du P.*, 1828, p. 345. — Lyon, 12 novembre 1829; *J. du P.*, 1829, p. 1607.

Nous ne considérons pas comme ayant statué dans ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1829 (*J. du P.*, 1829, p. 933), puisqu'il ne valide l'obligation de la femme que parce qu'elle n'avait allégué ni surprise ni dol; ni un arrêt de Grenoble du 22 août 1829 (*J. du P.*, 1829, p. 1398), puisqu'il décide en fait que la femme avait, après le décès de son mari, exercé la profession de cultivateur.

(3) *Sic*, Cass., 17 août 1808; 8 août 1815; 6 mai 1816;

La Cour de cassation a tout récemment rendu, sur ce point, une décision dont il est bien difficile de se rendre compte. Elle a jugé que l'exception portée au §. 2 de l'art. 1326 du Code civil est applicable à la femme qui s'immisce dans le commerce de son mari (1).

La Cour a-t-elle entendu que la femme qui s'immisce dans le commerce de son mari est nécessairement commerçante? Cela n'est pas possible, en présence de l'art. 220, §. 2, du Code civil; et, d'ailleurs, si telle eût été la pensée de la Cour, cette pensée se trouverait formellement énoncée. Si l'immixtion de la femme dans le commerce du mari ne suffit point pour attribuer à celle-ci la qualité de commerçante, comment a-t-on pu puiser dans cette circonstance une raison de décider? Pour nous, nous ne le comprenons pas. Car, en supposant que la femme soit dispensée de l'approbation en toutes lettres par cela seul qu'elle est mariée à un commerçant, la circonstance signalée dans l'arrêt de 1839 est superflue; et, en supposant que la femme ne soit dispensée de *l'approbation en toutes lettres* qu'autant qu'elle est commerçante elle-même, la même circonstance est insuffisante pour justifier la décision (2).

---

22 avril 1818; 1er mai 1820; 22 novembre 1823; 22 juillet 1828. — D. A., 10, p. 696; et *J. du P.*, 1828, p. 112.

(1) Cass., 9 novembre 1839; *J. du P.*, 1840, 1, 177.

(2) Nous devons faire remarquer ici que l'approbation en toutes lettres, quoiqu'elle ne soit pas exigée quand il s'agit de souscription de lettres de change (Toulouse, 30 novembre 1829; *J. du P.*, 1829, p. 1677), est cependant nécessaire quand les lettres de change ne valent que comme simple promesse (Cass., 26 mai 1823. — D. A., 10, p. 701).

600. — La femme peut-elle contracter une société commerciale en nom collectif avec son mari?

Cette question doit être résolue négativement. La formation d'une société en nom collectif entre les époux aurait pour résultat nécessaire de déroger aux conventions matrimoniales, et elle permettrait d'éluder la prohibition de l'art. 1595 du Code civil, d'après lequel la vente ne peut avoir lieu entre époux.

En effet, si les époux apportaient dans la société leurs biens propres, ces biens pourraient, par l'effet du partage, lors de la dissolution de la société, passer dans les mains de l'autre époux.

Les prévisions des parents, qui n'avaient donné leur consentement au mariage que parce que les conventions matrimoniales réservaient tels ou tels biens comme propres à l'époux, seraient donc trompées, et la fortune de l'un des conjoints serait recueillie par l'autre conjoint ou ses héritiers.

Au cas même où les époux n'apporteraient que leur industrie, ou bien au cas où ils stipuleraient que chacun reprendrait ses apports sociaux, la formation d'une société constituerait encore dérogation aux conventions matrimoniales, puisque l'un des époux se trouverait appelé à prendre dans les revenus des biens ou dans les produits du travail et de l'industrie de son conjoint (et ces produits peuvent être fort considérables) une part à laquelle il n'aurait pu prétendre d'après ces mêmes conventions.

Il est d'ailleurs évident que si la vente est défendue (art. 1595, C. civ.), la société entre époux ne saurait être permise; car nul contrat ne se prête plus que la

société à déguiser les avantages faits en fraude des prohibitions de la loi.

601. — Les motifs que nous venons de donner pour démontrer que la femme ne peut former avec son mari une société en nom collectif, s'opposent également à ce qu'elle forme une société en commandite.

Mais, comme le nom du commanditaire ne se révèle point aux tiers (art. 43 et 44, C. com.), la femme ne peut faire prononcer au préjudice de ceux-ci la nullité de sa commandite.

De la femme factrice de son mari commerçant.

602. — Il faut se garder d'assimiler à la femme commerçante la femme qui ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari (art. 220, C. civ.). On n'est en effet commerçant qu'autant qu'on fait le commerce en son nom personnel (1).

Par conséquent, lorsque le commerce se fait au nom du mari, la femme est réputée simple factrice quoiqu'elle prenne une part fort active à la gestion de ce commerce (2), qu'elle en ait la direction exclusive (3), qu'elle soit appelée, comme femme mariée sous le régime de la communauté, à profiter des bénéfices, que commerçante avant le mariage elle ait apporté le commerce dans la communauté (4) ou

---

(1) Bruxelles, 4 février 1809. — D. A., 10, p. 159; *J. du P.*, 1809, p. 352.

(2) Cass., 1er mai 1820. — S., 20, 1, 416. — D. A., 10, 697.

(3) Cass., 2 avril 1822; *J. du P.*, 1822, p. 243.

(4) Toullier, t. XII, n° 243.

même qu'elle ait figuré au bilan déposé par son mari en faillite et l'ait signé conjointement avec lui (1).

603. — Le mari commerçant est tenu des engagements contractés par sa femme agissant comme sa factrice, soit en vertu d'un mandat exprès, soit même en vertu d'un mandat tacite (2).

604. — La femme peut puiser dans un mandat tacite le droit d'obliger son mari en souscrivant des lettres de change ou des billets à ordre (3). Néanmoins, un mandat dont les conséquences sont si graves ne se présume que difficilement.

605. — Il est évident que le mari n'est pas tenu des obligations contractées par sa femme et qui n'ont pas pour cause le commerce auquel il l'a préposée soit expressément, soit tacitement (4). C'est aux créanciers qui poursuivent le mari à prouver que la femme n'a pas excédé les limites du mandat que le mari lui a donné.

606. — Le mari a toujours le droit de révoquer le mandat qu'il a donné à sa femme; mais cette révocation n'est opposable aux tiers qu'autant qu'ils en ont eu connaissance (art. 2005, C. civ.).

Le mari qui retire à sa femme le pouvoir de le représenter dans son commerce a donc intérêt à donner

(1) Paris, 7 février 1835. — S., 35, 2, 512.

(2) Cass., 25 janvier 1821. — S., 21, 1, 177. — Cass., 1er mars 1826; *J. du P.*, 1826, p. 227.

(3) *Sic*, Angers, 27 février 1819. — S., 20, 2, 148; *J. du P.*, 1819, p. 125. — Bruxelles, 27 février 1809; *J. du P.*, 1809, p. 413. — *Contrà*, Bruxelles, 4 février 1809; *J. du P.*, 1809, p. 353.

(4) Paris, 23 août 1828; *J. du P.*, 1828, p. 237.

de la publicité à ce fait, et même à en informer directement les personnes avec lesquelles il est en relations commerciales.

607. — La femme qui agit comme simple factrice de son mari oblige celui-ci sans s'obliger elle-même (art. 1998, C. civ.), à moins toutefois qu'elle ne joigne son engagement personnel à celui qu'elle prend au nom de son mari (1).

Droit de la femme au cas de faillite de son mari.

608. — La faillite du mari apporte aux droits de la femme de graves modifications qui méritent un examen tout spécial.

Le mari en état de faillite est dessaisi non-seulement de l'administration de ses biens personnels, mais encore de l'administration des biens de la communauté et des biens dotaux. Cette administration passe aux mains des syndics de la faillite (2) qui se trouvent ainsi in-

(1) Ce qui arriverait si elle signait : *les mariés un tel;* dans ce cas, elle serait personnellement obligée pour sa part et le mari pour le tout. — Duranton, t. XIV, n° 250.

(2) Par conséquent les syndics ont, à l'exclusion de la femme, le droit d'exercer les actions relatives aux biens de la communauté. Néanmoins nous devons dire qu'un arrêt de la Cour de Bourges (13 novembre 1833), qui avait ainsi décidé, a été cassé par arrêt du 20 novembre 1836.

La décision de la Cour de cassation repose sur ce double considérant : « Que la position de la dame R...., quant à ses biens, « ne pouvait être connue et définitivement fixée qu'au moyen de « la liquidation de la faillite de son mari, et qu'il n'apparaît pas « que le montant de l'actif et du passif ait été déterminé, et que « la liquidation de ladite faillite ait été opérée; qu'en cet état, la « dame R.... avait qualité pour défendre en l'action en résolution

vestis de la plénitude des droits du mari; mais la femme peut, en formant immédiatement une demande en séparation de biens, acquérir la faculté d'intervenir pour la conservation de ses droits dans tous les actes d'administration que les syndics pourraient faire, et même de prendre elle-même toutes les mesures conservatoires (1).

609. — La demande en séparation de biens doit être dirigée contre le mari et les syndics conjointement: contre le mari, parce qu'elle intéresse la puissance maritale; contre les syndics, parce qu'elle apporte de graves modifications à la fortune du mari.

610. — Si les syndics n'ont pas été appelés dans l'instance, ils ont droit de se pourvoir par voie de tierce opposition; mais ce droit n'appartient qu'à eux seuls, et non aux créanciers agissant individuellement (2).

611. — Quoique la faillite rende exigibles toutes les créances contre le failli (art. 1188, C. civ.), la femme est cependant dans la nécessité d'obtenir sa séparation de biens pour poursuivre utilement le paiement des sommes qui lui sont dues par son mari. En effet, si le mari n'était dépouillé de l'usufruit des biens de

---

« du sieur H.... (cette action était relative à un bail emphythéo-
« tique dépendant de la communauté), conjointement avec les
« syndics. »

Nous doutons que ces motifs puissent paraître à personne une justification satisfaisante de la conséquence qui en est déduite. Ces deux arrêts sont rapportés au *Journal du Palais*, 1837, t. I, p. 436.

(1) Voir *suprà*, n° 494.

(2) Montpellier, 7 juin 1825. — D., p. 26, 2, 11.

sa femme, il reprendrait comme usufruitier (art. 587, C. civ.) les sommes qu'il aurait payées comme débiteur : les effets du paiement se trouveraient donc neutralisés.

La séparation de biens est en outre nécessaire pour empêcher les créanciers du mari de profiter de l'usufruit des biens dotaux.

612. — La seule demande en séparation de biens suffit pour conserver les droits de la femme. Par conséquent, aucune distribution de deniers ne peut être faite au préjudice de la femme qui a fait connaître aux syndics sa demande en séparation de biens, soit en appelant ceux-ci en cause, soit en leur notifiant simplement son exploit introductif d'instance.

613. — Puisque toute poursuite individuelle est interdite aux créanciers d'un failli, la femme exécute suffisamment le jugement de séparation de biens, en remettant ses titres aux syndics (1).

614. — Après le jugement de séparation de biens, mais avant les opérations de liquidation et de partage de la communauté, la femme ne peut former aucune saisie-arrêt entre les mains des fermiers ou locataires des biens indivis entre elle et son mari. En effet, comme créancière, elle ne peut agir individuellement; comme copropriétaire, elle ne peut saisir-arrêter, puisqu'on ne peut faire saisie-arrêt que sur le débiteur de son débiteur, et non sur son débiteur personnel.

Dans une telle position, la femme doit se borner à faire connaître ses droits aux fermiers, qui deviennent responsables de tout paiement fait indûment, et ap-

(1) Bourges, 24 mai 1826. — D, p. 27, 2, 59.

peler les syndics pour faire liquider avec eux sa créance contre les fermiers (1).

615. — Suivant l'art. 1446 du Code civil, les créanciers de la femme, quoiqu'ils ne puissent demander la séparation de biens du chef de leur débitrice, ont le droit, au cas de faillite du mari, d'exercer tous les droits de la femme jusqu'à concurrence du montant de leurs créances.

Les créanciers de la femme, par conséquent, peuvent, dans ce cas exceptionnel, agir contre le mari comme si la femme était séparée de biens; mais l'exercice de ce droit de la part des créanciers ne modifie en rien pour l'avenir la position de la femme vis-à-vis de son mari.

616. — Au cas de faillite du mari, la femme reprend tous les biens dont elle justifie avoir conservé la propriété (art. 557, 558, 560, C. com.). Ces biens, en effet, ne peuvent être le gage des créanciers du mari; mais elle n'effectue ces reprises qu'à la charge des dettes et hypothèques dont ces biens sont grevés de son chef, lors même que ce serait pour raison des dettes du mari (art. 561, C. com.).

617. — Au même cas de faillite du mari, la justification de la propriété de la femme est soumise à des conditions d'une rigueur toute particulière.

La femme ne peut reprendre les effets mobiliers dont elle se prétend demeurée propriétaire qu'autant qu'elle prouve par acte authentique l'identité de ces effets mobiliers (art. 560, C. com.). Quelles que soient les cir-

(1) Bourges, 30 juillet 1813; *J. du P.*, 1813, p. 591. — D. A., 8, 186.

constances, la loi commerciale n'admet point, au cas de faillite, la preuve par commune renommée permise par l'art. 1415 du Code civil.

618. — Toutefois, ces règles rigoureuses souffrent exception quant aux habits et linges nécessaires à l'usage de la femme.

Ces objets peuvent, dans tous les cas, être remis à la femme par les syndics, avec l'approbation du juge-commissaire (art. 560, C. com., *in fine*).

619. — Quant à l'identité des immeubles, elle ne peut que bien rarement donner lieu à des contestations sérieuses; c'est pourquoi le législateur n'a pas étendu à la preuve de l'identité des immeubles la règle qu'il pose quant à la preuve de l'identité des meubles.

620. — Une autre dérogation au droit commun, dérogation de la plus haute importance, c'est que tous les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari comme payés des deniers de celui-ci, à moins toutefois que la femme ne fournisse la preuve que ces biens ont été payés de ses propres deniers (art. 559, C. com.).

Cette preuve ne peut être faite qu'autant qu'il est établi par acte authentique que la femme était propriétaire de deniers suffisants pour effectuer le paiement de l'acquisition, et qu'il est expressément déclaré dans la quittance que le paiement a été fait des deniers de la femme (art. 558 et 559, C. civ.).

Par conséquent, le remploi des biens de la femme ne serait pas valable, si la déclaration de l'origine des deniers ne se joignait à la déclaration de remploi (1).

---

(1) Voir *suprà*, n° 229.

621. — Si la femme ne peut reprendre les biens qui sont *simplement présumés* achetés avec les deniers du mari, à plus forte raison ne peut-elle exercer aucun droit dans la faillite, pour raison des avantages qui lui ont été faits par le mari durant le mariage.

622. — Les mêmes conditions de preuves et les mêmes présomptions s'appliquent à plus forte raison lorsque la femme veut exercer des reprises en qualité de créancière.

Ainsi, pour que la femme puisse se porter créancière pour raison de sommes qui lui ont été constituées en dot, il faut que le paiement de cette dot soit constaté par acte ayant date certaine (art. 563, C. com.) (1).

Ainsi, la femme qui a payé des dettes pour son mari, est présumée l'avoir fait des deniers de son mari, sauf la preuve contraire (art. 562, C. com.).

623. — Lorsque le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou lorsque le mari, n'ayant pas alors de profession déterminée, est devenu commerçant dans l'année qui a suivi cette célébration, les droits de la femme subissent de plus graves modifications.

Dans ce cas, la femme ne peut exercer aucune action, même à raison des avantages portés au contrat de mariage; mais, par réciprocité, les créanciers du mari ne peuvent se prévaloir des avantages faits par la femme au mari (art. 564, C. com.).

624. — Au même cas l'hypothèque légale de la

(1) *Sic*, Cass., 21 février 1827. — D., p. 27, 1, 145. — Besançon, 21 juin 1828. — D., p. 29, 2, 139. — *Contrà*, Angers, 23 juillet 1830. — D., p. 31, 2, 94.



femme ne porte que sur les immeubles qui appartenaient au mari lors de la célébration du mariage, ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession ou donation entre vifs ou testamentaire (art. 563, C. com.) (1).

625. — L'art. 563 du Code de commerce indique diverses créances pour raison desquelles la femme a hypothèque légale sur les biens de son mari; mais l'énumération contenue dans cet article ne peut pas plus que celle contenue dans l'art. 2135 du Code civil être limitative. Ainsi, quoiqu'il ne soit pas question dans ces articles de l'hypothèque légale pour raison des frais de l'instance en séparation de biens, la femme du failli peut se faire colloquer pour raison de ces frais sur les immeubles de son mari (2).

626. — Il est important de remarquer que l'art. 563 ne fait point obstacle à ce que la femme ait une hypothèque judiciaire ou conventionnelle qui porte sur d'autres immeubles que ceux qui sont déterminés par cet article. Par conséquent, la femme qui, en vertu d'un jugement de séparation de biens, a pris inscription avant le jugement déclaratif de la faillite, a hypothèque judiciaire sur tous les immeubles de son mari,

---

(1) L'art. 551, aujourd'hui l'art. 563 du Code de commerce, déroge à la fiction de l'art. 883 du Code civil; par conséquent, bien qu'un commerçant soit devenu, par l'effet d'un partage, propriétaire de la totalité d'un immeuble dont une portion indivise lui appartenait seule au moment du mariage, c'est sur cette portion seulement, et non sur le tout, que peut frapper l'hypothèque légale de la femme de ce commerçant. — Bourges, 2 février 1836; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 51.

(2) *Sic*, Bordeaux, 16 août 1838; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 164. — *Contrà*, Rouen, 29 février 1840; *J. du P.*, 1840, t. I, p. 538.

sauf toutefois l'application du §. 2 de l'art. 448 du Code de commerce, si cette hypothèque a été inscrite dans les dix jours qui précèdent le jugement déclaratif de la faillite.

627. — L'existence de la faillite est indépendante de la déclaration de faillite; elle résulte de la seule cessation de paiements (art. 437, C. com.) (1). Par conséquent, les modifications apportées au droit des femmes par les art. 557 et suivants du Code de commerce sont applicables toutes les fois que le mari commerçant cesse ses paiements, et quoique le tribunal de commerce n'ait pas rendu de jugement déclaratif de faillite (2).

628. — L'ouverture d'un ordre sur les biens du mari n'implique pas nécessairement cessation de paiements (3) : la femme doit donc être colloquée, conformément au droit civil, sur les immeubles de son mari si celui-ci n'est pas en état de cessation de paiements.

Mais si le mari vient à tomber en faillite avant la collocation définitive, la collocation provisoire de la femme ne constitue pas au profit de celle-ci un droit acquis qui fasse obstacle à l'application de la loi commerciale (4).

629. — Le concordat accordé au mari n'empêche

---

(1) Jurisprudence constante. Voir Cass., 13 novembre 1838, indiqué à la note suivante.

(2) *Sic*, Cass., 8 juin 1837; *J. du P.*, 1837, t. I, p. 581. — Cass., 13 novembre 1838; *J. du P.*, 1839, t. I, p. 22. — *Contrà*, Toulouse, 26 août 1828. — D., p. 29, 2, 175. — Bourges, 27 novembre 1830. — D., p. 31, 2, 142.

(3) Cass., 28 décembre 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 169.

(4) Rouen, 30 mai 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 264.



pas que le règlement des reprises de la femme et l'exercice de son hypothèque légale ne soient régis par les art. 557 et suivants du Code de commerce. Le concordat, en effet, bien qu'il rétablisse le failli à la tête de ses affaires, n'anéantit pas rétroactivement l'existence de la faillite (1).

630. — La femme du failli qui vote au concordat est déchue de son hypothèque légale (art. 508, C. com.) (2); mais elle conserve le droit de reprendre tous les objets dont elle est propriétaire, et dont le mari avait la jouissance et l'administration (3).

631. — Les restrictions apportées par le Code de commerce aux droits de la femme n'ont d'effet qu'à l'égard des créanciers. Par conséquent, si le mari rétablit sa fortune, la femme peut exercer contre lui l'intégralité de ses reprises (4).

632. — La loi du 28 mai 1838 a modifié le Code de 1807, en ce qui concerne les droits des femmes sur les biens de leur mari en faillite. De là diverses questions transitoires.

La femme mariée sous l'empire de l'art. 549 (anc. C. de com.), qui refuse, *dans tous les cas*, à la femme le droit d'exercer dans la faillite aucune action pour

(1) Nîmes, 4 mars 1828; *J. du P.*, 1828, p. 1245.

(2) La femme ne peut se faire relever de cette déchéance en alléguant son incapacité; car le mari est nécessairement partie au concordat. Or, la femme est suffisamment autorisée par le concours du mari dans l'acte (art. 217, C. civ.). *Contrà*, Cass., 2 mars 1840; *J. du P.*, 1840, t. I, p. 716.

(3) Cass., 2 mars 1840, indiqué à la note précédente.

(4) Boulay-Paty, t. II, n° 100. — Cass., 21 juillet 1840; *J. du P.*, 1840, t. II, p. 495.

raison des avantages portés au contrat de mariage, mais dont le mari n'est tombé en faillite que postérieurement à la loi de 1838, jouit-elle du bénéfice de l'art. 564 de cettemême loi, qui ne prive la femme du droit d'agir pour raison des avantages portés au contrat de mariage, qu'autant que le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou que n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année qui suit cette célébration ?

La femme qui, sous l'empire du Code de 1807, a épousé un fils de négociant n'ayant à l'époque de son mariage aucune profession déterminée, n'a-t-elle hypothèque que conformément aux art. 551 et 552 (anc. C. de com.), ou bien a-t-elle hypothèque sur tous les biens de son mari conformément à l'art. 563 de la loi de 1838, en supposant que le mari soit devenu commerçant plus d'un an après son mariage, et qu'il soit tombé en faillite depuis la promulgation de la loi de 1838?

La femme mariée sous l'empire de l'art. 551 du Code de 1807 qui restreint l'hypothèque légale sur les seuls immeubles dont le mari était propriétaire au moment du mariage, voit-elle son hypothèque s'étendre, conformément à l'art. 563 de la loi de 1838, sur tous les immeubles advenus par succession ou par donation à son mari tombé en faillite depuis cette dernière loi?

Ces trois questions se résolvent au moyen d'une distinction. Si le mari avait embrassé la profession de commerçant avant la promulgation de la loi de 1838, on ne pourrait, sans donner effet rétroactif à cette loi,

relever la femme de la déchéance prononcée par l'article 549, et faire cesser les restrictions apportées par les art. 551 et 552 du Code de 1807; mais si le mari n'est devenu commerçant que postérieurement à la loi de 1838, les art. 549, 551 et 552 du Code de 1807 sont sans application, car les conditions auxquelles était subordonnée l'application de ces articles sont, au moment où elles s'accomplissent, dépouillées par la loi nouvelle de la valeur juridique qui leur était attribuée par la loi abrogée.

CHAPITRE X.

DE LA POSITION JURIDIQUE DE LA FEMME AUX CAS D'INTERDICTION, DE MINORITÉ, D'ABSENCE OU D'EXTRANÉITÉ DE LA FEMME OU DU MARI OU BIEN DE LA FEMME ET DU MARI.

SOMMAIRE.

Du cas d'interdiction et de condamnation par contumace. — Du cas de minorité et de prodigalité. — Du cas d'absence. — Du cas d'extranéité.

Du cas d'interdiction et de condamnation par contumace.

633. — Le mari *est de droit* tuteur de sa femme interdite (art. 506, C. civ.). La femme *peut être nommée* tutrice de son mari (art. 507, C. civ.).

Le mari ne peut être privé de la tutelle qu'au cas d'incapacité ou d'indignité. La femme peut être privée de la tutelle par le seul refus du conseil de famille de lui en attribuer les fonctions. Le conseil doit, en déférant la tutelle à la femme, régler la forme et les conditions de l'administration.

La loi accorde expressément à la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille le droit de recours devant les tribunaux (art. 507, C. civ.).

Il est évident, quoique le texte de l'article 507 ne soit pas suffisamment explicite sur ce point, que la femme peut se pourvoir contre l'arrêté de la famille qui lui refuse la tutelle, comme contre l'arrêté qui soumet l'administration de la tutelle à des conditions que la femme ne croit pas devoir accepter.

634. — Au cas d'interdiction du mari, l'exercice

de la puissance paternelle passe à la femme. Néanmoins, la femme ne prend l'administration des biens de ses enfants que si elle est tutrice de son mari. En effet, l'interdiction ne prive pas le mari de la jouissance des biens de ses enfants : or, il est rationnel que l'administration appartienne au représentant de celui qui a la jouissance.

On ne peut tirer de l'article 141 du Code civil aucun argument contre notre décision ; car au cas d'absence l'administration des biens passe à celui qui devrait profiter des revenus si l'absent était mort. Or, si le mari était mort, l'usufruit des biens des enfants passerait à la femme et non aux héritiers du mari. Cette raison de décider n'existe évidemment pas quand le mari est interdit.

Mais la femme aurait qualité pour provoquer la destitution du tuteur, si celui-ci administrait infidèlement les biens des enfants (art. 444 et 446, C. civ.).

635. — Si le ministère public ne peut, dans l'intérêt de la vindicte sociale, poursuivre l'adultère de la femme si le mari n'a pas porté plainte (art. 339, C. pén.), à plus forte raison les représentants du mari interdit ne peuvent-ils se porter en justice vengeurs de l'honneur marital.

Nous croyons même que les représentants du mari interdit ne peuvent former au nom de celui-ci une demande en séparation de corps pour quelque cause que ce soit. En effet, l'appréciation de l'opportunité d'une telle demande est exclusivement personnelle à l'époux qui a sujet de se plaindre de son conjoint (1).

(1) Ce que nous disons des représentants du mari interdit doit

On doit seulement prendre les mesures nécessaires pour protéger la personne de l'interdit.

636. — L'interdiction de l'un ou de l'autre des époux n'entraîne point la dissolution de la communauté, lors même que la tutelle de l'époux interdit ne serait pas attribuée à son conjoint. Mais si le tuteur administre mal, la femme peut le faire destituer, et s'il y a péril pour la dot ou pour les reprises, la femme peut demander la séparation de biens (1).

637. — Le tuteur de la femme interdite, lorsque ce tuteur n'est pas le mari lui-même (art. 507, 442 et suiv. C. civ.), n'a pas plus de droits que la femme qu'il représente. Par conséquent, il ne peut agir sans autorisation du mari ou de justice, dans tous les cas où la femme elle-même doit être autorisée.

638.—L'interdit a hypothèque légale sur les biens de son tuteur (art. 2121, C. civ.). La date de cette hypothèque se détermine non d'après les règles qui fixent la date de l'hypothèque de la femme sur les biens de son mari, mais bien d'après les règles qui fixent la date de l'hypothèque du pupille sur les biens du tuteur (art. 2135, §. 1; et 2135, §. 2 et suiv.). D'où il suit, entre autres conséquences, que la femme qui, en tant que femme, n'a hypothèque sur les biens

évidemment s'appliquer aux représentants de la femme interdite.

(1) Dans le cas d'interdiction du mari, la femme ne peut procéder qu'en justice au partage d'une succession à elle échue, et dont partie tombe dans la communauté; car le mari est, comme chef de la communauté, partie intéressée au partage. — Paris, 12 octobre 1836. — S., 37, 2, 91.

de son mari pour raison des successions à elle échues que du jour de l'ouverture des ces successions, obtient, en tant que personne interdite pour raison de ces mêmes successions, une hypothèque légale qui prend date du jour de l'entrée en gestion du mari tuteur, quoique à cette époque les successions dont il s'agit n'aient pas encore été ouvertes.

639. — Si la séparation de biens vient à être prononcée, la femme ayant quant au règlement de ses droits dans la communauté des intérêts opposés à ceux de son mari, on doit lui nommer pour cette opération un tuteur *ad hoc* (art. 838, C. civ.).

640. — La femme, si son interdiction est levée pendant le mariage, a qualité pour recevoir et droit pour exiger la reddition du compte de tutelle. Toutefois, en vertu de l'art. 2253 du Code civil, la prescription de l'action en rectification du compte de tutelle ne court pas pendant le mariage.

641. — Si les deux époux sont interdits ou si l'époux interdit laisse des enfants mineurs issus d'un mariage précédent, la surveillance de ces enfants doit être déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, ou à leur défaut à un tuteur provisoire, et cela immédiatement (argum. des art. 142 et 143, C. civ.).

642. — Les observations que nous venons de présenter pour le cas d'interdiction des deux époux ou de l'un d'eux seulement, doivent être appliquées au cas où les époux se trouvent privés de l'exercice des droits civils, soit par l'effet de l'ordonnance dont il est question dans l'article 465 du Code d'instruction criminelle, soit par l'effet d'une condamnation par con-

tumace à une peine afflictive infamante (art. 28, C. civ.) (1) n'emportant pas mort civile, ou même à une peine emportant mort civile, pourvu que la mort civile ne soit pas encourue par l'expiration de cinq années depuis l'arrêt de condamnation (art. 27, C. civ.).

643. — La mort civile de l'un des époux ou des deux époux a, lorsqu'elle est définitive, le même effet que la mort naturelle. Les droits de la femme, dans ce cas, éprouvent les mêmes modifications qu'ils subiraient si l'un des époux était décédé. La tutelle des enfants s'ouvre, la communauté se dissout, la dot est restituée, etc.

Mais comment les choses doivent-elles se passer quand la mort civile résulte d'une condamnation par contumace, qui n'étant pas devenue définitive par l'accomplissement de la prescription de la peine (art. 476, C. Instr. crim.), se trouve anéantie par l'arrestation ou la présentation volontaire du condamné?

L'art. 30 du Code civil pose en principe que, dans ce cas, le condamné ne rentre dans la plénitude de ses droits que pour l'avenir, et que le premier jugement conserve pour le passé tous ses effets. Il résulte de là que la tutelle des enfants cesse, que la femme redevient incapable (2), qu'une nouvelle communauté

---

(1) Nous disons à une peine *afflictive infamante*, parce que, quoique les condamnations par contumace ne puissent être prononcées qu'en matière criminelle, il peut cependant arriver que le contumace ne soit condamné qu'à une peine correctionnelle, par application de l'article 463 du Code pénal. Or les peines afflictives infamantes sont les seules qui emportent, pendant leur durée, privation de l'exercice des droits civils (art. 29, C. pén.).

(2) Nous supposons que la mort civile a été encourue par le mari.

s'établit, que les immeubles dotaux sont de nouveau frappés d'inaliénabilité.

Tous ces effets ont lieu de plein droit : par conséquent, si le condamné par contumace est de nouveau condamné, il y a lieu de nommer un nouveau tuteur, de procéder à la liquidation de la nouvelle communauté, etc. Étrange complication, qui cependant est la conséquence nécessaire de ce déplorable système qui applique la mort civile à des condamnés par contumace qui peuvent encore se représenter (1).

644. — Pendant les cinq ans qui suivent la condamnation par contumace, les biens du condamné sont administrés comme biens d'absent (art. 471, C. Instr. crim.).

Cette disposition de la loi s'applique aux biens de la communauté et à la dot de la femme, au cas de condamnation du mari, car ce n'est qu'après les cinq ans que la condamnation par contumace modifie l'état du mari.

645. — L'art. 475 du Code d'instruction criminelle décide que, durant le séquestre, il peut être accordé

(1) L'époux du condamné par contumace pourra-t-il se marier après l'expiration des cinq années qui suivent la condamnation par contumace? Si la logique exige que cette question soit résolue affirmativement, une juste appréciation des convenances sociales, nous pourrions même dire le sentiment de la morale publique, veulent qu'elle soit résolue négativement. Jusqu'à ce jour, la jurisprudence a sacrifié la logique; mais s'il arrivait que la logique triomphât, quelles déplorables conséquences résulteraient de cette mort civile provisoire! Angers, 21 août 1840; *J. du P.*, 1841, t. I, p. 267.

par l'autorité administrative des secours à la femme et aux enfants, s'ils sont dans le besoin.

Mais la femme qui a une dot, ou qui sans avoir de dot est mariée sous le régime de la communauté, n'est pas réduite à solliciter des secours de l'autorité administrative; elle a incontestablement le droit d'obtenir sa séparation de biens, afin que les fruits de sa dot ou sa part dans la communauté soient rendus à leur destination naturelle qui est de subvenir aux besoins de la famille.

646. — Le séquestre s'applique même aux biens des enfants dont le mari avait l'administration et la jouissance. En effet, le père n'est pas déchu par la condamnation par contumace de l'usufruit des biens de ses enfants, et si ces biens n'étaient pas mis en séquestre, il y aurait lieu de craindre que le condamné n'en touchât les revenus.

647. — Au cas de condamnation de la femme, le séquestre ne peut porter ni sur les biens dotaux, ni sur les biens de la communauté, puisque l'administration et la jouissance de ces biens appartient au mari (1); mais il s'étend sur les paraphernaux et sur les biens de la femme séparée (2). L'État, dans ce cas, est tenu envers le mari des mêmes obligations que la femme dont les biens sont séquestrés, et il doit remettre au mari la part des revenus pour laquelle la femme devait contribuer aux charges du ménage. En effet, quoique la condamnation par contumace suppose presque

(1) Paris, 15 février 1832. — D., p. 33, 2, 92. — Lyon, 20 avril 1831. — D., p. 32, 2, 38.

(2) Angers, 28 mars 1833. — D., p. 33, 2, 138.



nécessairement la fuite du condamné, elle ne dissout cependant pas le ménage commun (1).

Du cas de minorité et de prodigalité.

648. — Le mari est de droit curateur de sa femme mineure (argum. de l'art. 506, C. civ.).

Si cependant la femme et le mari viennent à avoir des intérêts opposés (2), il doit lui être donné un curateur *ad hoc*.

649. — La femme mineure ne peut intenter aucune action immobilière, ni y défendre, sans être assistée de son curateur (art. 482, C. civ.).

Les actions qui n'ont pas les biens pour objet ne peuvent rentrer dans la division des actions en actions mobilières et actions immobilières; telles sont les actions d'état et les actions en séparation de corps. Ces actions n'étant pas d'une importance moindre que les actions immobilières, ne peuvent être exercées soit par la femme, soit contre la femme, sans que celle-ci soit assistée d'un curateur.

Il est évident qu'au cas d'instance en séparation de corps, il doit être nommé à la femme un curateur *ad hoc* autre que le mari.

650. — Si le mari curateur refuse d'assister sa femme

(1) La condamnation du mari, tant qu'elle n'est pas irrévocable, a, pour la femme et les enfants, des effets plus fâcheux que la condamnation définitive, puisque, dans ce dernier cas, il n'y a pas de séquestre apposé.

(2) Au cas d'instance en séparation de biens, par exemple.

Mais lorsque les reprises de la femme sont effectuées, comme l'opposition d'intérêts vient à cesser entre le mari et la femme, le mari recouvre de droit les fonctions de curateur.

au cas où des poursuites en expropriation sont dirigées contre elle, le poursuivant doit faire nommer à la femme par le tribunal un curateur spécial (art. 2208, §. 3, C. civ.) (1).

Si le mari est mineur, il ne peut être curateur de sa femme; par conséquent, toutes les fois qu'il s'agit de faire des actes pour lesquels un mineur n'a pas capacité, il faut donner un curateur spécial à la femme, si l'on n'a pas eu le soin de lui en donner au moment où elle a été émancipée par mariage (art. 2208, §. 3, C. civ.).

651. — Lorsqu'un autre que le mari est curateur (2), l'assistance du curateur ne dispense pas la femme de la nécessité d'obtenir l'autorisation de son mari ou de justice pour ester en jugement.

652. — La jurisprudence est divisée sur la question de savoir si l'autorisation du père ou du conseil de famille est nécessaire pour que la femme mariée puisse faire le commerce (3).

Nous n'hésitons point à résoudre cette question négativement. Il est de principe, en effet, que l'autorité paternelle cesse du moment où les enfants contractent mariage, et qu'il n'appartient qu'au mari d'empêcher

---

(1) Le texte porte improprement *un tuteur*.

(2) Soit parce que le mari est incapable ou indigne d'être curateur (art. 442 et suiv., C. civ.), soit parce que la femme a des intérêts opposés à ceux de son mari.

(3) Aff., Grenoble, 17 février 1826. — S., 26, 2, 250. — Nég., Toulouse, 26 mai 1821. — S., 22, 2, 36. — Paris, 13 février 1838; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 518. — DURANTON, t. II, n° 476.

la femme d'accomplir des actes qui peuvent être pour elle la source d'engagements.

Il suffit, du reste, de combiner l'art. 4 du Code de commerce avec l'art. 2 du même Code pour obtenir la preuve que l'autorisation du père ou du conseil de famille n'est exigée pour habiliter les femmes mineures à faire le commerce qu'autant que celles-ci ne sont pas mariées.

Sans doute il est à regretter que cette distinction ne sorte pas des termes mêmes de l'art. 2. Mais, dans la matière de l'émancipation, il faut plus d'une fois faire des distinctions qui ne sont pas posées dans la loi. Ainsi les art. 482 et 484, §. 1 du Code civil, malgré la généralité de leurs termes, ne sont pas applicables au cas où le mineur émancipé a son père et sa mère; ainsi encore les art. 485 et 486 du Code civil sont sans application au cas où l'émancipation résulte du mariage.

Il en est de l'art. 2 du Code de commerce comme des articles du Code civil que nous venons de citer. Son texte doit être interprété conformément aux principes généraux.

653. — La femme peut-elle être nommée curatrice de son mari mineur?

Malgré l'induction que fournit l'art. 507 du Code civil en faveur de la solution affirmative de cette question, nous croyons cependant devoir décider négativement.

En effet, en nommant la femme curatrice de son mari, on met en lutte deux pouvoirs rivaux, le pouvoir du mari en tant que mari, le pouvoir de la femme en tant que curatrice. De cette lutte on ne peut atten-

dre que l'un ou l'autre de ces deux résultats, ou une hostilité incessante entre les époux qui s'efforceront d'entraver réciproquement leur liberté d'action, ou bien une abdication mutuelle de leurs pouvoirs respectifs. Or, ces deux résultats sont également réprouvés par la loi.

Dans le cas d'interdiction du mari, au contraire, cette rivalité de pouvoirs ne saurait exister, puisque le mari se trouve privé de l'exercice de l'autorité maritale.

654. — Peut-on donner un conseil judiciaire à la femme prodigue?

La raison de douter vient de ce que la femme mariée es de droit frappée d'incapacité, et qu'il semble que l'assistance du conseil ferait double emploi avec l'autorisation du mari.

Il est évident que ce motif ne peut être accepté comme décisif lorsque la femme est séparée de biens ou lorsqu'elle a des paraphernaux; car, dans ce cas, l'assistance d'un conseil judiciaire est nécessaire pour enlever à la femme la faculté d'emprunter ou de recevoir un capital mobilier (art. 1536, 1576, 513, C. civ.).

Nous pensons même qu'il peut être donné un conseil judiciaire à la femme, quel que soit le régime sous lequel elle est mariée. En effet, s'il en était autrement, la femme prodigue serait destituée de protection lorsque le mari se rend complice de ses prodigalités.

Il faut remarquer d'ailleurs qu'il est important d'enlever à la femme prodigue la faculté de se pourvoir incessamment devant la justice contre le refus du mari d'autoriser ses dissipations. Or, ce résultat ne

peut être atteint qu'autant qu'on donne au mari la qualité de conseil judiciaire (art. 218 et 219, C. civ.).

655. — Le mari n'est pas de droit conseil judiciaire de sa femme. Les fonctions de conseil judiciaire, en effet, sont toujours datives (art. 513, C. civ.).

Le mari peut être conseil judiciaire de sa femme séparée de biens, car le conseil judiciaire n'a pas l'administration.

656. — Le mari, quoique séparé de biens, a le droit de provoquer la dation d'un conseil judiciaire (art. 514 et 490, C. civ.). La séparation de biens, en effet, ne brise pas ces liens d'affection qui donnent à chacun des époux le droit de provoquer toutes les mesures qui intéressent son conjoint (1).

657. — Les motifs que nous avons donnés pour établir que la femme ne peut être curatrice de son mari (2), nous font également décider que la femme ne peut être conseil judiciaire de son mari.

Du cas d'absence.

658. — Au cas de disparition du mari, l'autorité maritale et paternelle se trouve suspendue.

La femme est investie du droit de surveiller les enfants (3), de diriger leur éducation, d'administrer leurs biens (art. 141, C. civ.), de consentir à leur mariage (art. 149, C. civ.); elle peut demander de prime abord à la justice l'autorisation nécessaire pour cou-

(1) Cass., 4 juillet 1838. — S., 38, 1, 653.

(2) Voir *suprà*, n° 653.

(3) Le droit de surveillance, qui appartient à la mère, comprend nécessairement le droit de correction (art. 381, C. civ.).

vrir son incapacité (art. 863, C. pr.), et se faire autoriser par justice à prendre l'administration des biens de la communauté ou des biens dotaux (art. 112, C. civ.).

659. — La déclaration d'absence n'ajoute rien aux droits que la femme avait obtenus sur ses enfants par suite de la disparition du père. La présomption de la mort du mari dont l'absence est déclarée n'est pas telle que le droit de surveillance et d'administration qui appartient à la mère, en vertu de l'art. 141 du Code civil, se change en droit de tutelle (1), et que le droit d'usufruit des biens des enfants soit conféré à la mère (art. 384, C. civ.).

Lors de la déclaration d'absence, le testament de l'absent est ouvert et produit provisoirement ses effets (art. 123, C. civ.). Par conséquent si, par ce testament, le père a donné un conseil à la mère tutrice (art. 391, C. civ.), la femme ne pourra faire, sans l'avis de ce conseil, aucun acte relatif à l'administration des biens de ses enfants.

Si le droit de dénoncer l'adultère de la femme n'appartient pas au tuteur du mari interdit (2), à plus forte raison ce droit est-il refusé aux héritiers présomptifs de l'absent.

660. — L'absence déclarée de l'un des époux donne lieu à la dissolution provisoire ou à la continuation

---

(1) Ainsi on ne devra pas constituer un conseil de famille, nommer un subrogé tuteur; mais la femme devrait, si elle administrait mal, être dépouillée de ses droits comme administratrice (Arguments des art. 442 et suiv. du Code civil).

(2) Voir *suprà*, n°. 635.

provisoire de la communauté, au choix de l'époux présent (art. 124, C. civ.).

Le caractère provisoire de la continuation ou de la dissolution de la communauté nécessite divers actes conservatoires, que l'époux présent, le mari aussi bien que la femme, est tenu d'accomplir.

L'époux qui a opté pour la continuation de la communauté doit faire procéder à l'inventaire du mobilier *de la communauté* et des titres de l'absent. Nous disons du mobilier de la communauté, et non du mobilier de l'époux absent, car il nous paraît évident, d'une part, qu'on ne peut exiger de l'époux qu'il fasse faire l'inventaire du mobilier exclu de la communauté, parce que ce mobilier doit être remis aux héritiers présomptifs (1), et d'autre part, qu'il est nécessaire que le mobilier de la communauté soit inventorié, puisque la dissolution *réelle* de la communauté devant malgré la continuation *provisoire* être reportée au jour du décès prouvé, l'époux est dans le cas de se trouver, par la force même des choses, n'avoir été que simple administrateur comptable des biens de son

(1) La continuation provisoire de la communauté ne peut empêcher l'exercice provisoire des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent qu'en ce qui concerne les biens qui font partie de la communauté. Il serait irrationnel, en effet, de décider que l'époux prend, après l'absence déclarée de son conjoint, l'administration des biens qu'il n'aurait point eu droit d'administrer au cas de présence de son conjoint.

L'article 124 a pour but d'empêcher que les droits de l'époux présent ne soient restreints par l'envoi en possession des héritiers, mais non d'étendre les droits de l'époux présent au préjudice des droits des héritiers de l'absent.

conjoint décédé (art. 125, C. civ.), quoiqu'il ait été provisoirement investi du titre de chef de la communauté.

Cette incertitude qui existe sur la *qualité* de l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté a pour résultat de porter, en fait, sinon en droit, une grave atteinte au pouvoir du mari. On hésitera en effet à traiter avec lui, dans la crainte que la femme absente, étant décédée lors de la continuation provisoire, il n'y ait lieu de faire application de l'art. 128 du Code civil.

661. — La femme qui opte pour la continuation de la communauté devient administratrice des biens communs, au lieu et place de son mari; elle a des pouvoirs égaux à ceux que celui-ci exerçait; elle est par conséquent tenue des obligations qui dérivent de ces droits (1).

D'où nous concluons que la femme ne peut par la renonciation s'affranchir des dettes qu'elle a contractées comme chef de la communauté (art. 1494, *in fine*, C. civ.) (2).

---

(1) Quand nous disons que la femme a des pouvoirs égaux à ceux du mari, nous n'entendons point dire qu'elle peut, comme le mari lui-même, agir sans autorisation.

(2) L'article 124, §. 2, du Code civil a-t-il pour but de décider que la femme peut, après avoir opté pour la continuation de la communauté, renoncer à cette continuation de la communauté; ou bien a-t-il pour but de décider que la femme peut, après avoir opté pour la continuation de la communauté, renoncer à la communauté? Il est assez difficile de prononcer sur cette question; mais ce qui est certain, c'est que, quel que soit le but du texte que nous citons, la femme peut, après avoir opté pour la conti-

662. — L'époux présent, s'il opte pour la dissolution provisoire de la communauté, exerce ses reprises comme si le décès était prouvé. Néanmoins, il doit donner caution pour les choses susceptibles de restitution (art. 124, C. civ.).

Ces expressions, *choses susceptibles de restitution*, ne présentent pas une idée fort nette. En effet, la dissolution de la communauté n'étant que provisoire, tout ce que l'époux présent prend par suite de cette dissolution est susceptible de restitution. Pourquoi donc le législateur a-t-il spécialisé la nécessité de donner caution? Nous croyons que son but a été de restreindre la nécessité de donner caution aux gains de survie qui se réalisent au profit de l'époux présent en vertu de la présomption de mort qui pèse sur l'absent. Ce qui nous confirme dans cette interprétation, c'est qu'en subordonnant à la dation d'une caution l'exercice des reprises qui s'ouvrent par la seule dissolution de la communauté, on sacrifierait les droits de l'époux présent à la conservation des droits éventuels de l'époux absent.

Nous ajouterons qu'il serait d'autant plus rigoureux d'astreindre l'époux présent à donner caution pour la restitution de sa part dans la communauté, que les héritiers de l'absent détiennent eux-mêmes, et à charge de donner caution (art. 120, C. civ.), la part qui revient à l'absent dans la communauté; ce qui suffit pour assurer à l'absent que sa part dans les biens de la communauté lui sera restituée.

---

nuation de la communauté, renoncer et à la continuation de la communauté, et à la communauté elle-même.

663. — Quoique l'option entre la dissolution ou la continuation provisoire puisse être la source de graves engagements, la femme n'a pas besoin, pour faire cette option, d'être autorisée par justice.

La justice, en effet, ne peut refuser à la femme de prendre parti, puisque l'époux présent doit nécessairement se prononcer pour la continuation ou pour la dissolution. La justice ne peut davantage refuser à la femme l'autorisation d'opter pour la continuation plutôt que pour la dissolution, ou réciproquement, puisqu'elle ne pourrait le faire sans substituer son choix à celui de la femme.

664. — Si les deux époux sont absents, la faculté d'opter pour la continuation provisoire de la communauté ne passe pas à leurs héritiers, car ce droit tout exorbitant n'est accordé à l'époux présent que parce que le législateur n'a pas voulu que l'absence de l'un des conjoints nuisît à l'autre conjoint en nécessitant un partage des biens communs. Or, la même garantie n'est pas due aux héritiers de l'absent, car il est de principe que les héritiers doivent supporter les conséquences de la position que s'est faite leur auteur.

D'ailleurs, si les héritiers avaient le droit d'opter, et s'ils n'étaient pas d'accord sur le parti à prendre, comment régler le différend, car la communauté ne peut se dissoudre et se continuer pour partie?

Au cas d'absence des deux époux, la communauté est donc de droit dissoute, et les héritiers ne peuvent que demander l'envoi en possession provisoire, conformément à l'art. 120 du Code civil.

665. — Lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal, l'absence de l'un d'eux donne lieu à la restitution provisoire de la dot. On ne retrouve point, en effet, pour le cas de régime dotal, des dispositions analogues à celle de l'art 124 du Code civil.

666. — Pareillement, si les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens ou d'exclusion de communauté, l'absence déclarée de l'un d'eux donne lieu au règlement provisoire de leurs droits respectifs, comme au cas de décès.

667. — Lorsque les deux époux sont absents, ou lorsque l'un d'eux vient à décéder l'autre étant absent, ou enfin lorsque l'un devient absent l'autre étant décédé, six mois après la disparition de l'absent ou des deux époux absents la surveillance des enfants est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire (art. 142, C. civ.).

Il en est de même dans le cas où l'un des époux qui aura disparu laissera des enfants mineurs d'un précédent mariage (art. 143, C. civ.).

668. — Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun a pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, l'absent est réputé mort (art. 129, C. civ.).

Alors toutes les cautions sont déchargées; la continuation provisoire de la communauté cesse, les immeubles dotaux redeviennent aliénables.

Si c'est le mari qui est absent, cette présomption de mort de l'absent a pour effet de donner à la femme

la qualité de tutrice (art. 390, C. civ.), et de lui attribuer la jouissance des biens de ses enfants (art. 384, C. civ.); elle fait cesser l'incapacité de la femme, quoique cependant elle ne donne pas à la femme le droit de contracter un nouveau mariage.

De ce que la femme de l'absent ne peut contracter un nouveau mariage, quelque longue qu'ait été la durée de l'absence, il faut conclure que l'absent, de retour, peut provoquer l'action du ministère public contre sa femme qui s'est rendue coupable d'adultère après l'époque fixée par l'art. 129 du Code civil.

Du cas d'extranéité.

669. — La législation est si incomplète et la jurisprudence si incertaine en ce qui concerne la condition des étrangers en France, que nous ne pouvons rechercher quelle est en France la position juridique de la femme étrangère et de la femme dont le mari est étranger sans avoir préalablement posé les principes de la matière.

Deux questions sont à résoudre : 1°. Quels sont les droits dont les étrangers jouissent en France? 2°. Par quelle loi sont réglés les droits dont les étrangers jouissent en France?

A ces deux questions, la doctrine ancienne nous a légué une réponse. Les étrangers jouissent en France des droits qui sont *de droit des gens;* ces droits sont régis par les statuts personnels étrangers et soumis aux statuts réels de la France.

Mais quel est le signe qui distingue les droits qui sont *de droits des gens* des droits qui sont *de droit civil*, les statuts personnels des statuts réels, voilà

ce qui est demeuré parfaitement obscur, malgré les savantes élucubrations des jurisconsultes (1).

Dès lors n'est-il pas raisonnable de chercher un autre moyen d'arriver à une solution et de renoncer à des distinctions dont les termes ne peuvent être précisés.

670. — Si l'art. 11 du Code civil devait être appliqué suivant son texte, il faudrait décider que les étrangers ne jouissent en France d'aucuns droits civils, lorsqu'il n'existe entre la France et la nation dont cet étranger fait partie aucuns traités ayant pour effet d'accorder des droits réciproques aux membres des deux nations.

Les auteurs du Code de 1803, quelque éloignés

---

(1) On a essayé d'éclairer, au moyen de l'art. 25 du Code civil, l'antique distinction entre les droits qui sont *de droit civil* et ceux qui sont *de droit des gens*. L'idée était assurément ingénieuse. En effet, puisque le mort civilement est privé de tous droits civils (art. 22, C. civ.), on pouvait espérer trouver dans cet art. 25, qui fait connaître tous les droits dont le mort civilement est privé, une énumération complète des droits civils; ce qui aurait permis de déterminer par exclusion quels sont les droits *de droit des gens*, et, par cela même, la condition des étrangers. Mais il suffit de parcourir l'art. 25 pour acquérir la conviction que ses dispositions ne peuvent être applicables aux étrangers. Il n'est personne, en effet, qui consente à admettre qu'un étranger ne peut être reçu à porter témoignage en justice; qu'il ne peut procéder en justice que par le ministère d'un curateur qui est nommé par le tribunal; qu'il est incapable de contracter un mariage qui produise un effet civil.

Si, parmi les dispositions de l'art. 25, les unes sont et les autres ne sont pas applicables à l'étranger, cet article ne peut évidemment jeter aucune lumière sur le point dont il s'agit; car il reste toujours la difficulté de choisir entre ces dispositions.

qu'ils aient été de partager les volontés libérales de la Constituante à l'égard des étrangers, n'ont assurément pu vouloir et n'ont pas voulu consacrer un système aussi odieux que funeste, et qui ne serait pas accepté aux époques de barbarie.

L'article 11 du Code civil n'a eu qu'un but, celui de rétablir le droit d'aubaine abrogé par les décrets du 6 août 1790 et du 8 avril 1791 sans aucune condition de réciprocité (1). Pour se convaincre de cette vérité, il suffit de consulter les discussions qui eurent lieu au Conseil d'État au sujet de cet article 11 (2).

---

(1) « Les étrangers, quoique établis hors du royaume, seront « capables de recueillir en France les successions de leurs parents « même français. » Art. 30 du décret du 8 avril 1791.

(2) Séances du 6 et du 24 thermidor, du 4 fructidor an IX; du 28 brumaire an X. Locré, t. II.

Le passage suivant d'un rapport fait par le conseiller d'État Rœderer est surtout remarquable :

« Les rédacteurs du projet de Code civil proposent de faire cesser « cet ordre de choses (l'ordre de choses établi par les décrets du « 6 août 1790 et du 8 avril 1791) : ils proposent d'insérer dans le « Code civil l'une ou l'autre de ces deux propositions : *L'étranger « jouit en France des mêmes droits civils que ceux accordés aux « Français par la nation à laquelle l'étranger appartient.* Ou bien : « *L'étranger jouit en France des droits civils qui sont accordés par « les traités faits avec la nation à laquelle cet étranger appartient.* « Le sens de ces deux rédactions est également opposé au système « de l'Assemblée constituante : elles tendent toutes deux à rétablir « au profit du domaine de la république :

« 1°. Le droit d'aubaine à l'égard de tout sujet d'un pays où ce « droit ne serait pas aboli à l'égard d'un Français;

« 2°. Le droit de détraction à l'égard de tout sujet d'un pays étran- « ger où ce droit serait maintenu;

Si l'article 11 du Code civil n'a trait qu'au droit d'aubaine, rien ne s'oppose à l'admission de ce principe qui seul est conforme à l'état de notre civilisation et aux intérêts de la société, à savoir que l'étranger jouit en France de tous les droits civils qui ne lui sont pas expressément refusés (1).

« 3°. Le droit d'hériter du Français qui ne laisse pour héritiers « naturels que des étrangers;

« 4°. La proposition des rédacteurs tend à rétablir l'exclusion « des héritiers étrangers au profit des parents français, pour la « succession d'un Français. »

(1) Pourrait-on d'ailleurs douter de la vérité de ce principe quand on rencontre les exceptions que la loi y a apportées? (art. 726, 912, 980, C. civ.) N'est-ce pas le cas, ou jamais, d'invoquer ce vieil adage? *L'exception confirme la règle.*

« Les étrangers jouissent des mêmes droits que les indigènes « lorsque la qualité de citoyen n'est pas exigée; mais pour les cas « douteux, le droit d'aubaine est alors en vigueur » (Code autrichien, art. 33). Ainsi, suivant la loi civile de l'Autriche, ce n'est qu'exceptionnellement que la jouissance des droits civils est refusée aux étrangers. Cette loi serait-elle plus libérale envers les étrangers que ne l'est le Code civil français?

— L'étranger peut-il porter devant les tribunaux français ses contestations contre un autre étranger? Nous ne pouvons passer sous silence cette grave question; car si l'étranger ne peut recourir aux tribunaux français lorsque ses droits ont été méconnus par un autre étranger, il faut dire que les droits des étrangers, lorsque ces droits ont trait aux relations de famille, ne trouvent point de sanction, en France les membres d'une même famille, les époux surtout, ayant presque toujours la même nationalité.

La jurisprudence refuse à l'étranger le droit de forcer les tribunaux français de lui rendre justice contre un autre étranger (A. D., v° *Étranger,* n° 155 et suivants). Cette jurisprudence se fonde sur ce que la loi n'accorde pas ce droit aux étrangers, sur ce

671. — Les droits civils dont l'étranger jouit en France sont évidemment réglés par la loi nationale de l'étranger. En effet les lois de chaque nation sont exclusivement faites pour les membres de cette nation, et l'on ne saurait admettre que les étrangers soient appelés à participer de plein droit aux préro-

---

que les tribunaux français ne peuvent pas être forcés d'appliquer la loi étrangère, qu'ils n'ont pas le devoir de connaître. Ce dernier motif est évidemment sans valeur; car si les étrangers sont domiciliés, ils jouissent de tous les droits civils, aux termes de l'art. 13 du Code civil. Or, dans ce cas, il faut bien que les tribunaux français leur rendent la justice, et cela d'après la loi nationale de ces étrangers. Il est de l'intérêt des parties d'éclairer le tribunal, mais il est du devoir des tribunaux de ne jamais refuser de juger, sous prétexte de l'obscurité de la loi (art. 4, C. civ.). Quant au premier motif, il n'est pas admissible; car on sait que la loi est presque complétement muette sur la condition des étrangers, et qu'il est impossible de considérer les étrangers comme privés en France de tous les droits que la loi ne leur a pas expressément accordés.

Du reste, ce qui prouve mieux que tout raisonnement que les contestations entre étrangers peuvent être portées devant les tribunaux français, ce sont les dérogations que la jurisprudence apporte à son système lorsque les résultats en sont trop désastreux : ainsi il est reconnu (Cass., 26 novembre 1828. — D., p. 29, 1, 36. — Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, §. 2. — Pardessus, n° 1383. — Toullier, t. I, n° 265), non sans contestation, nous l'avouons (Cass., 28 juin 1820, et 8 avril 1818. — D. A., 6, 472), que les tribunaux français doivent juger les contestations commerciales entre étrangers. Or, les motifs que l'on fait valoir pour exonérer les tribunaux civils de l'obligation de juger les contestations entre étrangers seraient également applicables, s'ils étaient fondés, aux tribunaux de commerce. C'est en vain que, pour justifier cette décision toute particulière aux affaires commerciales, on met en avant

gatives et aux obligations qui résultent de la loi française.

Cette proposition trouve une confirmation irrécusable dans les divers paragraphes de l'article 3 du Code civil.

En effet si le législateur déclare, par une disposition expresse, que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, c'est donc que les lois qui ne sont pas de police et de sûreté n'ont pas le même caractère obligatoire pour les étrangers.

S'il déclare expressément que les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, c'est donc que les autres biens possédés par des étrangers ne sont pas régis par la loi française.

Enfin, s'il veut que les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidants en pays étrangers, il ne peut refuser de faire

---

l'art. 420 du Code de procédure, et que l'on prétend que cet article est applicable aux étrangers, par cela seul qu'il n'est pas spécial pour les Français; car on pourrait faire le même raisonnement au sujet de l'art. 69 du même Code.

Les raisons d'utilité générale, qui font que les tribunaux commerciaux français doivent rendre justice aux étrangers, imposent la même obligation aux tribunaux civils.

Devons-nous ajouter que le Code civil sarde, qui ne se distingue assurément pas par des idées libérales et progressives, accorde aux étrangers le droit que la jurisprudence française leur refuse? « L'étranger qui se trouvera dans les États pourra, à raison des « obligations qu'il y aurait contractées avec un autre étranger, être « traduit devant les tribunaux de ces États » (art. 32, C. civ. sarde).

application du même principe aux étrangers qui résident en France (1).

---

(1) La jurisprudence (Paris, 4 février 1808, et 13 juin 1814. — D. A., 6, p. 492 et 508. — Cass., 4 septembre 1811. — D. A., 8, 562. — Cass., 2 mai 1825. — D., p. 25, 1, 311) et la doctrine consacraient également cette règle, qui, du reste, n'est que la reproduction de l'antique maxime, que chacun est régi, en ce qui concerne sa capacité, par ses statuts personnels, lorsqu'ont été rendus un arrêt de la Cour de Paris (15 mars 1831; *J. du P.*, 1831, p. 1329) et un arrêt de la Cour de cassation (3 juillet 1833. — D., p. 33, 1, 303), confirmatif de l'arrêt de la Cour de Paris, qui décident qu'on ne peut induire du §. 3 de l'art. 3 du Code civil que les étrangers sont régis en France par les lois qui concernent leur capacité; que la capacité des étrangers est par conséquent réglée par les lois françaises.

La Cour de Paris se fonde, 1°. sur ce que « si l'on ne déterminait « pas la capacité des étrangers d'après les lois françaises, on serait « soumis à autant de lois étrangères qu'il y aurait d'étrangers « possessionnés en France, ce qui serait une violation manifeste « de la disposition écrite dans le §. 2 de l'art. 3 du Code civil, « qui porte que *les immeubles possédés par des étrangers sont* « *régis par la loi française* »; 2°. sur ce que « chacun n'est sou- « mis aux lois que parce qu'il est censé les connaître; que cette « connaissance légale dérive de la promulgation qui en est faite « dans les pays où ces lois sont exécutoires; mais que cette pré- « somption ne peut s'étendre aux lois étrangères, puisque leur « existence n'est ni publique ni certaine; que dès lors elles ne « réunissent pas les conditions qui pourraient les rendre obliga- « toires en France. »

De ces motifs, le premier est évidemment trop restreint pour prouver que la capacité de la femme est toujours réglée d'après les lois françaises, puisqu'il serait sans application au cas où il ne s'agirait pas de droits ayant les immeubles pour objet. Le second motif dépasse toutes limites raisonnables, puisqu'il conduirait

672. — Resterait à rechercher quelle est l'étendue des exceptions apportées, par l'article 3 du Code civil, au principe que les droits civils dont l'étranger jouit en France sont régis par la loi personnelle de l'étranger, et ce qu'il faut entendre par lois de police et de

---

à décider, contrairement au §. 3 de l'art. 3 du Code civil, que les lois étrangères n'ont jamais d'application en France.

L'arrêt de la Cour de cassation ne se fonde point sur ce second motif, mais il reproduit le premier sauf les termes. « Attendu (porte « cet arrêt) qu'aux termes mêmes de l'art. 3 du Code civil, les « immeubles que les étrangers possèdent en France sont régis par « les lois françaises, et qu'en décidant que la dame H.... était « tenue d'exécuter une obligation qu'elle avait contractée *avec* « *hypothèque* sur un bien situé en France, l'arrêt n'a fait qu'une « juste application des principes de la matière. »

Si l'on tirait de cet *Attendu* les conséquences qu'il renferme, il faudrait décider que si l'obligation n'avait pas été hypothécaire, ou que si on en avait poursuivi l'exécution sur des meubles, la femme étrangère aurait pu opposer son incapacité. Conséquence étrange, qui suffirait pour démontrer l'inexactitude de ce raisonnement, si d'ailleurs ce n'était pas chose tout insolite d'invoquer, à propos d'une question de capacité personnelle, une disposition de loi qui a trait uniquement aux biens.

Le tribunal de la Seine interprétait bien mieux la loi lorsqu'à propos de la même espèce il s'exprimait ainsi : « Attendu que les lois « qui ont réglé l'état et la capacité de la dame H.... l'ont suivie en « France, comme les lois concernant l'état et la capacité des Fran- « çais les régissent en pays étranger; qu'il n'a pu dépendre du mari, « par une simple translation de domicile, de rendre sa femme ca- « pable de s'obliger avec lui et pour lui, lorsque l'incapacité de sa « femme était, à cet égard, irrévocablement fixée par la loi du « domicile matrimonial; que B.... (le créancier), en contractant « volontairement avec la dame H...., a dû connaître l'état et « la capacité de la personne avec laquelle il contractait..... »

sûreté, par lois qui régissent les immeubles, par lois qui concernent l'état et la capacité des personnes; mais nous pouvons poser une règle qui, tout en rentrant dans le système de l'article 3 du Code civil, est plus propre que le texte de cet article à faire connaître les cas dans lesquels l'étranger ne peut invoquer en France le bénéfice de sa loi nationale.

Cette règle, la voici :

Les étrangers ne peuvent se prévaloir en France d'aucune disposition de leur loi nationale qui serait de nature à porter atteinte soit à l'ordre, soit à la richesse et au crédit public; ils sont soumis à toutes les dispositions de la loi française qui sont d'intérêt général.

Ainsi l'étranger ne peut faire prononcer son divorce en France, il ne peut y constituer des majorats ou créer des substitutions, il ne peut y acquérir des hypothèques occultes, parce que l'indissolubilité du mariage, l'aliénabilité des propriétés, la publicité des hypothèques sont d'ordre public en France.

Sans doute cette règle présentera des difficultés dans l'application; mais ces difficultés qui gisent dans l'appréciation des intérêts sociaux sont infiniment moindres que les difficultés doctrinales qui naissent de la distinction arbitraire et obscure des lois en statuts réels et en statuts personnels (1).

(1) Ainsi l'on pourra hésiter sur le point de savoir si les lois françaises, qui fixent la quotité disponible, sont applicables aux étrangers appelés à succéder en France.

Nous pensons qu'on doit décider affirmativement; car c'est moins dans l'intérêt privé des individus appelés à succéder que dans l'intérêt général de la société, que le législateur a voulu que la loi des successions amenât la division des fortunes.

673. — La position de l'étranger domicilié en France avec l'autorisation du Roi ne diffère de la position de l'étranger simplement résidant en France qu'en ce qui concerne la capacité de succéder (1). L'article 13 du Code civil, en effet, ne peut avoir été conçu dans un autre ordre d'idées que l'article 11 du même Code.

L'étranger domicilié en France avec l'autorisation du Roi demeure donc soumis à sa loi nationale, dans tous les cas où l'étranger simplement résidant en France y demeure soumis.

674. — Ces principes étant posés, la condition juridique de la femme se découvre en quelque sorte d'elle-même.

Il est évident que les relations de la femme comme épouse, comme mère, comme tutrice, sont réglées par la loi étrangère, lorsque le conjoint, l'enfant ou le pupille de la femme, est lui-même étranger. Ainsi, pour citer quelques exemples, la femme sujette du roi des Deux-Siciles pourrait demander en France la séparation de corps contre son mari si celui-ci vivait publiquement avec une concubine (2). Ainsi encore

(1) Nous raisonnons comme si la loi du 14 juillet 1819 n'avait point modifié le Code civil. Il est évident que, depuis cette loi, l'art. 13 ainsi que l'art. 11 du Code civil n'ont plus d'objet; cela est si vrai qu'il n'arrive que bien rarement, que nous sachions du moins, que des étrangers demandent au Roi l'autorisation de résider en France.

(2) Un étranger peut-il demander la séparation de corps devant les tribunaux français? Aff., voir p. 408, note 1. — Nég., Paris, 20 avril 1823. — Cass., 30 juin 1823. — D. A., 6, 467.

« La femme peut demander, avec le conseil de deux de ses plus

la femme sujette du canton de Vaud ne pourrait exercer en France la tutelle de ses enfants qu'avec l'assistance d'un conseil (1).

Mais comme la loi étrangère n'a point d'application quand ses dispositions sont contraires à l'ordre public établi en France, il faut décider que la femme étrangère divorcée ne pourrait contracter un nouveau mariage en France; la femme étrangère ne pourrait même obtenir, en vertu des lois de son pays, sa séparation de corps par consentement mutuel (2).

675. — La puissance paternelle est, en ce qui concerne le droit de jouissance attribué au père sur les biens de ses enfants, établie dans l'intérêt privé de la famille. D'où nous concluons que le droit de jouissance qui appartient à la mère sur les biens de ses enfants est réglé par la loi nationale de la mère.

Merlin est d'avis contraire; il se fonde sur ce que le droit d'usufruit sur les immeubles doit être régi par la loi de la situation des biens, et que d'ailleurs l'usufruit paternel n'a pas trait à l'incapacité, mais est bien plutôt le salaire de l'administration (3). Qui

---

« proches parents, la séparation de corps pour cause d'adultère « du mari, lorsqu'il vit publiquement avec une concubine » (art. 219, C. civ. des Deux-Siciles).

(1) « La mère tutrice sera pourvue d'un conseil, sans le consen- « tement duquel elle ne pourra faire pour la tutelle *certains actes* « *déterminés* » (art. 215, C. civ. du canton de Vaud).

(2) « La séparation de corps pourra être prononcée par le juge sur « la demande faite conjointement par les deux époux, sans alléguer « de cause déterminée » (art. 291, C. civ. hollandais).

(3) MERLIN, *Rép.*, v° *Puissance paternelle*, sect. 7, n° 1. — Cette question était controversée sous l'ancienne jurisprudence. A. D., v° *Lois personnelles et réelles*, n° 25.

ne sent que ce motif est tout à fait dénué de valeur, et que ce serait chose sans intérêt pour la société française que de modifier, sous le rapport du droit dont il s'agit, les relations de famille qui s'établissent entre les étrangers en vertu de leur loi nationale; qu'il serait peu rationnel, par exemple, d'attribuer à la femme napolitaine qui survit à son mari *tout* l'usufruit des biens que ses enfants possèdent en France, quand la loi des Deux-Siciles n'accorde à la mère que la moitié de cet usufruit? (1)

676. — Nous avons établi que les étrangers cessent d'être régis par leur loi nationale, lorsque les intérêts généraux de la société française exigent qu'il en soit ainsi. Cette règle s'applique aux lois qui règlent la capacité des personnes comme à toutes autres lois. Par conséquent, on doit décider que la femme étrangère a capacité pour s'obliger en France pour ses besoins personnels, lors même que sa loi nationale la déclare incapable; car il est d'ordre public que toute personne puisse contracter les engagements nécessaires pour subvenir à ses besoins (2).

Si la loi nationale de la femme permet de remplacer l'autorisation maritale par l'autorisation de justice, la

(1) « Le père étant mort, la mère a la moitié de l'usufruit des « biens de son fils jusqu'à la majorité ou l'émancipation de celui-ci » (art. 298, C. civ. des Deux-Siciles).

(2) Bruxelles, 23 février 1808, et 25 août 1810. — D. A., 10, 144. Il ne suffit pas, pour que la loi étrangère soit réputée contraire à l'ordre public, qu'elle soit fort différente de la loi française; ainsi la femme non mariée, sujette du canton de Berne, n'aura capacité pour s'engager en France qu'avec l'assistance du conseil auquel elle est soumise par les lois de son pays (art. 303 et suiv., C. civ. de Berne).

femme peut se faire autoriser par les tribunaux français. Les formes de la procédure seront celles qui sont prescrites par la loi française (1).

677. — On accordera sans peine que les conventions matrimoniales des époux étrangers sont régies en France par la loi nationale de ces époux (2); car la loi française ne peut refuser de reconnaître la validité des conventions passées sous l'empire d'une loi étrangère.

Ne serait-ce pas chose inouïe que d'élever la prétention que la femme qui, conformément à sa loi nationale, est mariée sous le régime de la communauté universelle (3), ou sous le régime de la com-

(1) Bruxelles, 29 août 1811. — S., 12, 2, 264.

(2) Quand les époux étrangers se sont mariés en France, il s'élève la question de savoir quelle est la loi sous l'empire de laquelle les parties contractantes ont voulu que leurs conventions matrimoniales fussent formées. Cette question gît tout entière dans une appréciation d'intention; c'est assez dire qu'on ne peut soumettre sa solution à des principes certains. Cependant on peut poser en principe qu'en l'absence de toute intention contraire, les époux doivent être présumés avoir voulu que leurs conventions matrimoniales soient régies par les lois de leur pays.

(3) « A dater de la consommation du mariage, il y aura communauté légale entre les époux, tant qu'il n'y aura pas été dérogé par des conventions matrimoniales.

« La communauté se composera activement de tous les biens « meubles et immeubles présents et à venir, même ceux acquis à « titre gratuit, à moins que, dans ce dernier cas, le testateur ou « le donateur n'ait exprimé le contraire dans l'acte.

« Quant à son passif, elle comprend toutes les dettes faites par « un des conjoints avant ou pendant le mariage » (art. 174, 175, 176, C. civ. hollandais).

munauté d'acquêts (1), ou sous le régime dotal (2), est placée en France sous le régime de la communauté légale tel qu'il est déterminé par le Code civil français?

678. — Cependant, par une anomalie étrange, une jurisprudence déjà ancienne, il est vrai, mais fondée sur de nombreux arrêts (3), décide que les immeubles dotaux faisant partie d'un territoire régi par une loi qui déclare que la dot est inaliénable sont inaliénables, quoique la loi sous l'empire de laquelle les époux se sont mariés ne reconnaisse point l'inaliénabilité de la dot.

Il est évident que l'inaliénabilité des immeubles dotaux est établie dans l'intérêt exclusif de la femme et de sa famille, et contrairement aux intérêts de ceux qui traitent avec la femme. Or, comprendrait-on que la loi française accordât *d'office*, en quelque sorte, à la femme étrangère une protection que cette femme

(1) « La société ou communauté d'acquêts ou de gains n'a pas « besoin d'être stipulée; elle a lieu par l'effet de la loi dans tous les « cas où il n'y a pas stipulation contraire » (art. 2132, C. civ. de la Louisiane).

(2) « Le silence des contractants sur la qualification de la dot, « ou la simple stipulation qu'une dot est constituée, suffit pour « soumettre ces biens au régime dotal, quoique le contrat de ma- « riage n'en contienne aucune déclaration expresse » (art. 1346, C. civ. des Deux-Siciles).

(3) Cass., 21 avril 1813, 12 juin 1815, 25 juin 1816, 27 février 1817 (chambres réunies). — D. A., 10, 328 et 329; et *J. du P.*, 1817, p. 98. — L'arrêt du 25 juin 1816 est allé jusqu'à décider que l'immeuble dotal était inaliénable, malgré la dérogation expresse contenue aux conventions matrimoniales. — *Contrà*, Paris, 15 mars 1831; *J. du P.*, p. 1328.

ne trouverait pas dans sa loi nationale? La seule chose qui soit vraie, c'est que l'inaliénabilité de la dot établie par la législation nationale de l'étranger serait sans effet à l'égard des immeubles faisant partie du territoire d'une nation dont les lois civiles ne reconnaissent pas l'inaliénabilité des immeubles dotaux (1).

679. — L'hypothèque légale est une conséquence du mariage (2). Or, les mariages passés en pays étranger et sous l'empire d'une loi étrangère, produisent en France tous les effets qui leur sont attribués par la loi étrangère, lorsque, d'ailleurs, ces effets ne sont pas contraires à l'ordre public établi en France. D'où nous concluons que la femme étrangère à qui sa loi nationale accorde une hypothèque sur les biens de son mari peut exercer son hypothèque même sur les immeubles situés en France.

Notre décision se place comme moyen terme entre deux doctrines opposées et trop exclusivement absolues.

MM. Grenier et Dalloz (3) enseignent que l'hypothèque légale étant une concession du droit civil, n'a été introduite qu'en faveur des regnicoles; M. Troplong, au contraire, pense que l'hypothèque est du droit des gens, et il en conclut, sans restriction aucune, que la femme étrangère a une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France (4).

---

(1) Les arrêts qui ont été rendus dans ce sens ne peuvent qu'être approuvés. Cass., 2 mai et 11 août 1825. — D., p. 25, 1, 407.

(2) Voir *suprà*, n° 517.

(3) D. A., v° *Loi*, p. 844.

(4) Troplong, *Hyp.*, t. II, n° 513 *bis*. Cet auteur donne, à



MM. Grenier et Dalloz ont raison contre M. Troplong, quand la loi nationale de la femme ne lui

---

l'appui de son opinion, les deux motifs suivants : « D'abord l'hypothèque est du droit des gens, malgré tout ce qu'il y a de civil « dans la manière dont elle s'acquiert; les étrangers n'en ont jamais été exclus. Ensuite le statut qui frappe d'hypothèque légale « les immeubles du mari est un statut réel, et agissant par consé- « quent sur les immeubles, sans s'informer qui les possède. »

Lorsqu'on suppose que la loi sous l'empire de laquelle les étrangers se sont mariés confère à la femme une hypothèque légale, nous comprenons qu'on tire parti du principe que l'hypothèque est du droit des gens, parce que ce principe conduit à conclure que l'hypothèque légale qui prend naissauce dans la loi étrangère doit produire ses effets en France. Mais la doctrine de M. Troplong ne se restreint pas à cette hypothèse; elle s'applique aussi au cas où la loi étrangère n'accorde pas une hypothèque à la femme. Or, comment admettre que, parce que l'hypothèque est *du droit des gens*, la loi française fasse produire des effets hypothécaires au mariage qui n'en produirait pas d'après la loi sous l'empire de laquelle il a été contracté; n'est-ce pas un principe incontestable que les actes n'ont d'autres effets que ceux qui leur sont attribués par la loi sous l'empire de laquelle ils se sont accomplis?

Nous ajoutons, pour nous expliquer sur les défis portés par le savaut jurisconsulte dont nous combattons l'opinion, qu'en vertu du même principe, nous sommes d'avis que les jugements passés en pays étranger n'emporteraient pas hypothèque en France; que les contrats de vente passés sous l'empire d'une loi étrangère, et ayant pour objet des immeubles situés en France, ne donneraient pas lieu au privilége du vendeur, si d'ailleurs la loi étrangère n'attachait pas le privilége à la vente, l'hypothèque au jugement.

Quant au second motif donné par M. Troplong, il est facile d'apercevoir combien il est peu concluant. Il n'importe, en effet, *que l'hypothèque affecte les immeubles, quels que soient ceux par qui ces immeubles sont possédés,* puisque le motif sur lequel on se

accorde pas une hypothèque légale; car il est évident que la femme mariée sous l'empire d'une loi étrangère ne peut prétendre que son mariage produit en France les conséquences qui résultent du mariage contracté sous l'empire des lois françaises; mais réciproquement. M. Troplong a raison contre MM. Grenier et Dalloz, quand la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté ne confère pas à la femme une hypothèque légale; car il est certain que la femme étrangère à qui sa loi nationale accorde une hypothèque légale ne peut pas plus être privée du droit d'exercer cette hypothèque en France qu'elle ne pourrait être privée du droit d'avoir une hypothèque conventionnelle sur les immeubles de son mari situés en France.

L'hypothèque légale de la femme étrangère sur les immeubles situés en France est soumise aux règles de la purge et de l'ordre, et à toutes les dispositions qui intéressent le crédit public français.

680. — Les lois relatives à la faillite sont d'intérêt général. Par conséquent, ces lois régissent la faillite de la femme étrangère, lorsque cette faillite s'ouvre en France.

Par le même motif, la femme dont le mari étranger est tombé en faillite est soumise aux dispositions de la

---

fonde pour refuser l'hypothèque légale à la femme étrangère n'est pas tiré de ce que l'immeuble est possédé par un étranger (M. Troplong n'admettrait sans doute pas que la femme étrangère dont le mari est Français a hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France), mais bien de ce que la femme qui prétend avoir une hypothèque est étrangère, et que la loi de son pays ne lui donne pas hypothèque sur les biens de son mari.

section 4 du chapitre 7 du livre 3 du Code de commerce.

681. — Les époux peuvent être l'un Français, l'autre étranger, mais ce n'est qu'autant que l'un d'eux a éprouvé postérieurement au mariage un changement de nationalité (1).

Or, il est évident que le changement de nationalité éprouvé par l'un des époux après le mariage ne peut changer au préjudice de son conjoint les droits et les obligations qui sont nés du mariage, conformément à la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté.

Ce principe est d'une rigoureuse équité. Par conséquent, il est applicable même au profit de l'époux demeuré étranger et contre l'époux devenu Français. On ne peut, en effet, prétendre que les règles de l'équité puissent être violées à l'égard des étrangers.

Ainsi, de même qu'on ne peut pas admettre que la femme française, séparée de corps, qui se fait sujette de l'État de la Louisiane sans que son mari perde la qualité de Français est affranchie de la nécessité de l'autorisation maritale (2); de même aussi on ne doit pas décider que la femme, dont le mari est devenu sujet du canton de Vaud, est incapable de passer aucun contrat, si elle n'obtient, outre l'autorisation de son mari, le consentement de deux de ses plus proches parents (3); ou

(1) Voir *suprà*, n° 2 et suivants.

(2) « La femme séparée de corps n'a besoin, en aucun cas, de « l'autorisation de son mari » (art. 125, C. civ. de la Louisiane).

(3) « La femme ne peut passer aucun contrat, ni autrement « s'obliger, ni même accepter de donation ou succession, sans

que la femme dont le mari s'est fait naturaliser Sarde, et qui cependant est restée Française, perd ses gains nuptiaux et les libéralités qu'elle tient de son mari, si elle contracte un nouveau mariage avant dix mois révolus depuis le décès de son mari (1).

Les mêmes observations s'appliquent, mais en sens inverse, au cas où l'un des époux, soit le mari, soit la femme, devient Français, d'étranger qu'il était.

682. — Lorsque les père et mère et les enfants n'ont pas la même nationalité, il faut décider (et cette règle est parfaitement semblable à celle que nous avons posée au numéro précédent) que le changement de nationalité éprouvé soit par les parents, soit par les enfants, n'a pas pour effet de modifier au préjudice de ceux qui ont conservé leur nationalité les droits et les obligations résultant des lois sous l'empire desquelles les rapports de paternité et de filiation se sont primitivement établis. Ainsi, l'on n'admettra point que la fille Française d'origine, et dont les parents sont demeurés Français, obtienne, en se faisant naturaliser sujette du roi des Deux-Siciles, le droit d'exiger une dot de ses parents (2), ou bien dans l'hypothèse où ce seraient

---

« l'autorisation de son mari *et de deux de ses plus proches parents* » (art. 119, C. civ. du canton de Vaud).

(1) « La femme qui contracte un nouveau mariage avant dix « mois révolus depuis le décès de son mari perd tous les gains « nuptiaux établis par la loi ou convenus avec le premier mari, « ainsi que les autres libéralités qu'elle tient de lui » (art. 145, C. civ. sarde).

(2) « Le fils n'a pas d'action contre son père et sa mère pour « les obliger à lui donner un établissement par mariage ou autre- « ment; mais la fille a droit d'être dotée par le père, à son défaut

les parents qui deviendraient membres de l'État des Deux-Siciles et où la fille demeurerait Française, que celle-ci se trouve privée jusqu'à son mariage du droit d'abandonner le domicile de ses père et mère (1).

683. — Mais si les deux époux ou bien les père et mère et les enfants changent tous de nationalité, ils cessent, pour ce qui concerne les droits et les obligations qui dérivent de l'état et de la capacité des personnes, d'être soumis pour l'avenir aux lois de la patrie qu'ils ont abdiquée.

Dans ce cas, les relations de la femme comme mère et comme épouse seront réglées par la loi de sa nouvelle patrie.

« par l'aïeul paternel, ensuite par la mère » (art. 194, C. civ. des Deux-Siciles).

(1) « La fille ne peut déserter la maison paternelle que lors de « son mariage » (art. 220, C. civ. des Deux-Siciles).

APPENDICE.

SOMMAIRE.

La femme peut-elle être arbitre ? — De la contrainte par corps contre les femmes.

La femme peut-elle être arbitre?

684. — Quoiqu'il soit passé en jurisprudence que les arbitres agissent dans un caractère public (1), et qu'il soit reconnu que la femme est incapable d'être fonctionnaire public, on doit décider que la femme est capable d'être arbitre.

En effet, la qualité de fonctionnaire public ne résulte que de l'investiture donnée par le pouvoir exécutif; or, on peut agir dans un caractère public sans avoir reçu cette investiture; d'où il suit qu'on n'est

---

(1) Cass., audience solennelle, 15 mai 1838; *J. du P.*, 1838, t. I, p. 587.

Cet arrêt a été rendu contrairement aux conclusions de M. le procureur général Dupin. Néanmoins la doctrine du réquisitoire n'est pas en opposition avec celle de l'arrêt sur le point de savoir si les arbitres agissent dans un caractère public. Le réquisitoire, en effet, établit seulement que l'arbitre n'est pas fonctionnaire public; l'arrêt, sans s'expliquer sur ce point, décide que l'arbitre agit dans un caractère public. Sous ce rapport, le réquisitoire et l'arrêt sont également dans le vrai. Mais les conclusions du réquisitoire, quant à l'application de l'art. 20 de la loi du 26 mai 1819, étaient prématurées, puisque la question n'était examinée que sous le point de vue d'une des alternatives contenues dans cet article.

pas fonctionnaire public par cela qu'on agit dans un caractère public. L'art. 20 de la loi du 26 mai 1819 ne permet pas de douter de cette vérité que l'observation la plus superficielle ferait d'ailleurs découvrir (1).

Puisque agir dans un caractère public et exercer des fonctions publiques sont choses distinctes, les incapacités qui font obstacle à ce que l'on soit investi du caractère de fonctionnaire n'empêchent pas que l'on ne puisse agir dans un caractère public. Cela est si vrai qu'il est universellement admis que des mineurs, que des étrangers peuvent exercer les fonctions d'arbitre, quoique assurément ils ne puissent être fonctionnaires publics. Or, le sexe n'est pas une cause d'incapacité plus puissante que la minorité ou l'extranéité.

Les observations que nous venons de présenter, et la conclusion qui en dérive, sont applicables au cas d'arbitrage forcé comme au cas d'arbitrage volontaire, soit que, dans l'un ou l'autre cas, les arbitres aient la faculté de juger comme amiables compositeurs, soit que cette faculté leur soit refusée. Car le défaut d'investiture de la part du pouvoir exécutif n'est pas suppléé par cette circonstance que la juridiction arbitrale est forcée, et encore moins par cette autre circonstance que les arbitres doivent puiser leurs motifs de décider dans la loi et non dans l'équité, ou réciproquement.

---

(1) Art. 20 de la loi du 26 mai 1819 : « Nul ne sera admis à « prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas « d'imputation contre *des dépositaires ou agents de l'autorité, ou* « *contre toutes personnes ayant agi dans un caractère public, de* « *faits relatifs à leurs fonctions.* »

Les arbitres ne sont donc *jamais* des fonctionnaires publics ; par conséquent, la femme peut dans tous les cas être arbitre.

De la contrainte par corps contre les femmes.

685. — La femme est par une faveur toute particulière affranchie de la contrainte par corps dans divers cas où l'homme y est soumis.

En matière civile, la femme n'est contraignable par corps que pour cause de stellionat ; encore, au cas même de stellionat, la contrainte par corps n'a-t-elle lieu à l'égard de la femme mariée qu'à raison des engagements qui concernent les biens dont elle a la libre administration ; la loi présumant favorablement que, dans tout autre cas, la femme ne s'est rendue stellionataire que par suite de l'influence exercée sur elle par son mari (art. 2066, §. 1 et §. 3).

686. — Il est évident que les causes de contrainte par corps ne peuvent être étendues par analogie d'une personne à une autre. Aussi, c'est avec raison que la jurisprudence s'est constamment refusée à prononcer la contrainte par corps contre la femme en matière de réintégrande (1), ou de reliquat de compte de tutelle (2), ou pour défaut de représentation des meubles dont elle avait été constituée gardienne judiciaire (3), ou pour défaut de paiement de la différence d'entre le

(1) Art. 2060, §. 2, du Code civil. — Cass., 20 mai 1818. — D. A., 3, p. 733.

(2) Bastia, 31 août 1826. — D., p. 27, 2, 179.

(3) Art. 2060, §. 4, du Code civil. — Paris, 14 août 1829. — D., p. 29, 2, 283.

prix d'adjudication et le prix de la revente sur folle enchère (1), ou pour dommages-intérêts (2).

Les dommages-intérêts auxquels l'accusé acquitté des poursuites du ministère public est condamné envers la partie civile ne perdent par leur caractère purement civil, pour être prononcés par la Cour d'assises. Par conséquent, la femme n'est pas contraignable par corps, pour raison de tels dommages-intérêts (3).

687. — Mais en matière de deniers et effets mobiliers publics, la femme est contraignable par corps (art. 8 et suiv., loi du 17 avril 1832).

L'intérêt de la femme bien compris exige qu'il en soit ainsi. En effet, si la femme n'était pas contraignable par corps en matière de deniers publics, elle ne pourrait remplir les fonctions de comptable de deniers publics qui ne sont attribués qu'à ceux qui offrent la garantie de la contrainte par corps.

688.— La femme commerçante est soumise à toute la rigueur de la contrainte par corps. Mais les priviléges accordés à la femme non commerçante conservent tout leur empire, même en matière commerciale.

Ainsi la femme non commerçante n'est pas contraignable par corps pour ses engagements commerciaux (loi du 17 avril 1832, art. 2, § 1) (4).

---

(1) Lyon, 20 juin 1822. — D., p. 22, 2, 104.

(2) Art. 126 du Code de procédure. — Paris, 26 février 1829. — D., p. 29, 2, 134. — Cass., 6 octobre 1813; et Colmar, 7 avril 1821. — D. A., 3, p. 731.

(3) Douai, 29 juillet 1839; *J. du P.*, 1839, t. II, p. 466.

(4) La femme non commerçante n'est pas contraignable par corps, quoique en souscrivant la lettre de change elle ait pris la

Ainsi les lettres de change souscrites par la femme non commerçante ne valent, à leur égard, que comme simples promesses (art. 113, C. com.), ce qui exclut la voie d'exécution par corps.

689. — Les lettres de change réputées simples promesses constituent des engagements purement civils; par conséquent, les contestations auxquelles ces engagements donnent lieu sont de la compétence des tribunaux civils (1). Quelques arrêts ont cependant décidé en sens contraire, par argument tiré de ce que l'article 636 du Code de commerce n'oblige les tribunaux à se déclarer incompétents, en matière de lettres de change, qu'au seul cas de l'art. 112 du Code de commerce; c'est-à-dire lorsque les lettres de change contiennent supposition soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit de lieu (2). La Cour de Bordeaux, dans les considérants de l'arrêt de 1826, que nous indiquons à la note n° 1, a fort judicieusement réfuté cet argument en faisant observer « que tout ce qui « résulte des dispositions bien entendues de l'art. 636 « du Code de commerce, c'est que les lettres de change « dont il est question dans cet article, et qui sont « celles qui contiennent soit supposition de noms, « soit de qualité, soit de domicile, soit de lieux d'où

---

qualité de commerçante. — Paris, 12 juillet 1825. — D., p. 26, 2, 134.

(1) *Sic*, Pardessus, t. V, n°s 1348 et 1349. — Nougier, *Traité des Lettres de change*, t. I, chap. XII, n° 6. — Bordeaux, 11 août 1826. — D., p. 27, 2, 106. — Limoges, 16 février 1833. — D., p. 33, 2, 209.

(2) Limoges, 19 mai 1813. — Aix, 22 février 1822. — D. A., 3, p. 324.

« elles sont tirées et dans lesquels elles sont payables, « conservant toutes les apparences de véritables lettres « de change, il fallait une disposition formelle de la « loi pour les soustraire à la compétence des tribunaux « de commerce lorsque le renvoi en était requis, tan- « dis que les lettres de change dont parle l'art. 118, « et qui ne concernent que celles qui portent la signa- « ture des femmes ou filles non négociantes ou mar- « chandes publiques, étant dépouillées par cet article « du seul caractère qui les constituait effet commer- « cial, et ne pouvant plus valoir que comme simples « promesses, rentrent de plein droit dans le domaine « des engagements civils, dont la connaissance ne peut « appartenir qu'aux juges naturels des parties, et que « dès lors il n'a pas été nécessaire, comme dans le cas « de l'art. 112, d'une nouvelle disposition de la loi « pour faire ordonner le renvoi de ces lettres de change « devant les tribunaux civils. »

Toutefois, la femme est, par application de l'art. 637 du Code de commerce, justiciable des tribunaux de commerce, lorsque les lettres de change sur lesquelles elle a apposé sa signature portent en même temps la signature d'autres personnes commerçantes, et cela lors même qu'elle attaque son acceptation comme irrégulière en la forme (1); mais si la femme oppose qu'elle est, comme mariée sous le régime dotal, incapable de s'obliger, cette prétention (quoique évidemment mal fondée, puisque la dotalité ne fait obstacle qu'à l'exécution sur les immeubles dotaux) soulève une question

(1) Cass., 28 avril 1819; *J. du P.*, 1819, p. 237.

de droit civil qui doit être préalablement tranchée par les tribunaux ordinaires (art. 426, C. pr.) (1).

690. — Les femmes étrangères ne sont, en général, contraignables par corps que dans les cas où les femmes françaises le sont elles-mêmes. Ainsi, en matière civile, elles ne sont contraignables qu'au cas de stellionat (loi du 17 avril 1832, art. 18, §. 3), et, en matière commerciale, elles jouissent du bénéfice de l'art. 113 du Code de commerce.

Mais nous devons faire remarquer que la disposition qui affranchit de la contrainte par corps, même en matière commerciale, les femmes françaises non marchandes, n'étant pas reproduite au titre 3 de la loi du 17 avril 1832, titre dans lequel il est traité de la contrainte par corps contre les étrangers, la femme étrangère non commerçante se trouve soumise au principe général, qui veut que la contrainte par corps soit prononcée pour toute dette commerciale (art. 1er de la loi de 1832 précitée). Par conséquent, ceux qui actionnent une femme étrangère sont, dans tous les cas, même dans celui de l'art. 113 du Code de commerce, recevables à démontrer, afin d'obtenir l'exécution par corps, que l'engagement qui fait l'objet de leur action est commercial (2).

---

(1) *Sic*, Nîmes, 12 mars 1828; *J. du P.*, 1827-8, p. 1276. — *Contrà*, Nîmes, 25 novembre 1828; *J. du P.*, 1828-9, p. 386; et D., p. 29, 2, p. 188 et 189.

(2) Paris, 12 juillet 1837; *J. du P.*, 1837, t. II, p. 77.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FEMME CONSIDÉRÉE SOUS LE RAPPORT DE SA NATIONALITÉ, ET DE SES RELATIONS DE FAMILLE.

De la nationalité de la femme.

De l'âge requis pour que la femme puisse contracter mariage.

De la fidélité conjugale.

De la recherche de la maternité naturelle.

De la puissance qui appartient à la femme comme mère et comme tutrice.

CHAPITRE II.

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

Principe et étendue de l'incapacité de la femme mariée.

Effets du défaut d'autorisation.

Quand l'autorisation maritale doit-elle être donnée?

Cas dans lesquels l'autorisation de justice peut ou doit suppléer l'autorisation maritale.

Différence entre les effets de l'autorisation judiciaire et les effets de l'autorisation maritale.

Formes de l'autorisation maritale.

CHAPITRE III.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ.

Droits respectifs des époux sur les biens de la communauté pendant sa durée.

Droits respectifs des époux sur les propres de la femme pendant la durée de la communauté.

De la femme renonçante.

Des aliments dus à la femme pendant les délais pour faire inventaire et délibérer.

Du deuil de la veuve.

Du retrait d'indivision.

Du droit d'opter entre l'acceptation et la renonciation.

De la preuve des apports de la femme.

CHAPITRE IV.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE ET SOUS LE RÉGIME D'EXCLUSION DE COMMUNAUTÉ.

De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte.

Du préciput conventionnel.

De la clause par laquelle la femme stipule la faculté de retenir toute la communauté en payant une somme déterminée.

De la clause qui ne permet à la femme de prendre qu'une somme fixe pour tout droit de communauté.

Du régime d'exclusion de communauté.

CHAPITRE V.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DOTAL.

Droits respectifs des époux sur les biens dotaux.

De l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux.

Du remploi.

Du partage des fruits.

Des paraphernaux.

CHAPITRE VI.

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS CONTRACTUELLE.

Droits de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens contractuelle.

De l'obligation imposée à la femme de contribuer aux charges du ménage.

Des obligations du mari lorsqu'il a administré les biens de sa femme et qu'il en a eu la jouissance.

CHAPITRE VII.

DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE.

Causes de la séparation de biens judiciaire.

Effets du jugement de séparation de biens.

Formalités et nullité de la séparation de biens.

CHAPITRE VIII.

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME.

Date de l'hypothèque légale.

Quand la femme peut-elle exercer ses droits hypothécaires?

Des restrictions apportées au profit du mari à l'hypothèque légale de la femme.

De la renonciation à l'hypothèque légale faite au profit des tiers, et de la subrogation.

De la purge de l'hypothèque légale de la femme.

CHAPITRE IX.

DE LA FEMME COMMERÇANTE ET DE LA FEMME DONT LE MARI EST COMMERÇANT.

De l'autorisation nécessaire à la femme pour faire le commerce.

De la femme commerçante considérée sous les divers régimes matrimoniaux.

De la femme dont le mari est commerçant.

De la femme factrice de son mari commerçant.

Droits de la femme au cas de faillite de son mari.

CHAPITRE X.

DE LA POSITION JURIDIQUE DE LA FEMME AUX CAS D'INTERDICTION, DE MINORITÉ, D'ABSENCE OU D'EXTRANÉITÉ DE LA FEMME OU DU MARI, OU BIEN DE LA FEMME ET DU MARI.

Du cas d'interdiction et de condamnation par contumace.

Du cas de minorité et de prodigalité.

Du cas d'absence.

Du cas d'extranéité.

APPENDICE.

La femme peut-elle être arbitre?

De la contrainte par corps contre les femmes.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.



